

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

EDUARDO DA SILVA MATTOS

ANÁLISE ECONÔMICA DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIETÁRIA

CURITIBA
2011

EDUARDO DA SILVA MATTOS

ANÁLISE ECONÔMICA DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIETÁRIA

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a.Dr^a. Marcia Carla Pereira Ribeiro

Curso de Direito
Direito Empresarial

Curitiba

2011

EDUARDO DA SILVA MATTOS

ANÁLISE ECONÔMICA DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIETÁRIA

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr^a. Marcia Carla Pereira Ribeiro

Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Prof. Roberto Altheim

Curitiba, 21 de outubro de 2011

Ao Nivaldão e à Solanginha, que também
atendem, respectivamente, por pai e mãe,
pelo apoio e exemplo de uma vida inteira.

Agradeço à Professora Dr^a. Marcia Carla Pereira Ribeiro, pelo conhecimento dividido e por bem saber lidar com a difícil relação entre a rigidez exigida para uma boa orientação e o carinho e calor maternal que dispensa a todos seus alunos.

Ao tio Eli e à tia (e madrinha) Sandra, meus verdadeiros mecenas, por sempre confiarem e acreditarem em mim.

Ao Marcelo, irmão, com quem nem sempre a relação é simples, mas que comigo divide sangue, rotina, contas e apartamento.

Aos poucos e grandes amigos da sala - Pace, Paulo, Palotina, Raffa, Filho, Zug, Giovani e até você, Carlitos, além da dama Ana Maria -, por terem tornado esses cinco anos mais agradáveis, mesmo que nem sempre mais fáceis.

RESUMO

A presente monografia expõe os fundamentos econômicos da limitação de responsabilidade societária, observando sua perspectiva histórica, sua configuração nos tipos societários pátrios e também seus efeitos dentro da ordem econômica. Aponta-se para a importância da limitação de responsabilidade como fator para realização de investimentos e para os excessos do Judiciário em desconsiderar a pessoa jurídica.

Palavras-chave: Responsabilidade limitada. Sociedades. Economia. Desconsideração. Pessoa jurídica.

ABSTRACT

This monograph presents the economic rationale for limiting corporate liability, observing its historical perspective, its treatment in Brazilian corporate types and also its effects within the economic order. The work points to the importance of limiting liability as a factor for investments and for the excesses of the Judiciary in disregarding the corporate entity.

Key-words: Limited Liability. Corporation. Economics. Disregard. Corporate Entity.

SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO	9
II.	ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIETÁRIA	12
II. 1.	Surgimento das sociedades empresárias e limitação de responsabilidade ...	13
II. 1. 1.	Roma.....	13
II. 1. 2.	Idade Média e Mercantilismo	14
II. 1. 3.	Primeira sociedade de responsabilidade limitada	15
II. 2.	Teorias explicativas da atribuição de personalidade jurídica à sociedade	16
II. 3.	Sociedades empresárias e limitação de responsabilidade no Brasil.....	18
II. 3. 1.	Contextualização.....	18
II. 3. 2.	Responsabilidade dos sócios nas espécies brasileiras de sociedade	19
II. 4.	Análise quantitativa	23
III.	ASPECTOS ECONÔMICOS E FINANCEIROS DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIETÁRIA	30
III. 1.	A visão econômica da empresa/firma : a contribuição de Coase e os custos de transação	31
III. 2.	Risco	33
III. 2. 1.	Probabilidade e valor esperado.....	34
III. 2. 2.	Valor presente líquido e custo de oportunidade	36
III. 3.	Custo do capital próprio e de terceiros para uma empresa.....	37
III. 4.	Efeitos da limitação de responsabilidade societária	40
III. 4.1.	Facilidade de diversificação de investimentos	40
III.4.2.	Liquidez de investimentos	41
III.4.3.	Diminuição dos custos de vigilância.....	44
IV.	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	46
IV.1.	Contextualização e explicação do problema.....	46
IV.2.	A dita crise e a desconsideração da personalidade jurídica	47
IV.3.	Premissas de aplicação da teoria	50
IV.3.1.	Necessidade de previsão legal	51
IV.3.2.	A desconsideração e o art. 50 do Código Civil de 2002.	52

IV.3.3. A desconsideração no Direito do Consumidor.....	53
IV.3.4. A desconsideração no Direito do Trabalho.....	55
IV.4. Funcionalização do Direito, desconsideração da personalidade jurídica e ruptura do sistema	57
V. CONCLUSÕES	61
REFERÊNCIAS.....	63

I. INTRODUÇÃO

Tratar-se-á nas páginas que se seguem sobre a limitação de responsabilidade societária em suas razões e efeitos econômicos.

A limitação de responsabilidade societária é um instituto recorrente na história e é decorrente, segundo visão majoritária, da atribuição de personalidade jurídica à sociedade empresária. Desta forma, vê-se que os institutos da personalidade jurídica e da limitação de responsabilidade podem andar juntos e serão, por muitas vezes, conjuntamente cotejados, mesmo que não sejam sempre coincidentes, como se pode observar no caso da sociedade em nome coletivo, que tem personalidade jurídica, mas não limita a responsabilidade dos sócios, e da sociedade em conta de participação, que embora tenha status legal de sociedade, tem natureza contratual e não tem personalidade jurídica, mas tem responsabilidade limitada ¹, conforme será tratado em momento oportuno.

Ainda, os institutos supra apresentam grande importância para o mundo jurídico, uma vez que cunham uma ficção – ponto controverso que será devidamente tratado -, criando um novo ente que tem vontade distinta daquela da dos sócios que a compõe e que não atinge o patrimônio dos cotistas, sendo eles responsáveis somente pelo quinhão que integralizaram - é importante ressaltar, desde já, que a sociedade é irrestritamente responsável pelos débitos que adquirir, sendo a limitação de responsabilidade referente somente aos sócios que da sociedade são partícipes. Em um tópico apartado somente sobre responsabilidade limitada será analisado o pensamento de EASTERBROOK e FISHEL que coloca a limitação de responsabilidade como a característica mais importante do direito societário ².

Essa separação é, por muitas vezes, vista como algo maléfico, pois “corporações são criações artificiais; você pode dizer que são monstros tentando devorar tanto lucro quanto possível às custas de qualquer um” ³, como expõe o documentário vastamente assistido *The Corporation*, logo em seus primeiros minutos. Sir HICKS inicia um artigo sobre o tema explanando que “o acionista em

¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. p. 70.

² EASTERBROOK, Frank. FISHEL, Daniel. **The economic structure of corporate law**. p. 40.

³ **The Corporation**. Produzido por: Mark Achbar e Bart Simpson. Canadá: 2003. 145 min.

uma empresa com responsabilidade limitada é um animal anômalo. Ele tem os direitos de proprietário, sem as responsabilidades do proprietário”⁴.

O que se deixa em segundo plano, contudo, é que tanto a sociedade como os sócios que a compõe são agentes econômicos, movidos pela maximização de sua própria satisfação e suas escolhas são determinadas por uma série de fatores.

Em direito civil, a responsabilidade limitada é tradicionalmente justificada de um ponto de vista estritamente jurídico pelo estatuto da personalidade da sociedade. (...) No entanto, o princípio da personalidade jurídica da sociedade não implica necessariamente que os acionistas tenham responsabilidade limitada. (...) Nesse caso, como se explica a existência do princípio da responsabilidade limitada? Essencialmente, por sua função econômica⁵.

Frente a essa situação, pode-se observar que se pensa o Direito muitas vezes, tanto entre juristas quanto entre a população em geral, como instrumento de realização da justiça. No entanto, esquece-se que o Direito tem outras funções, como ferramenta para: (i) mudança de comportamento e (ii) implementação de políticas públicas⁶. De fato, no que concerne ao presente trabalho, o Direito é tomado nestes dois últimos aspectos. Ao limitar a responsabilidade dos sócios, o Estado promove uma sanção *positiva* ou *premial*, incentivando os agentes⁷.

Tendo em vista o foco apresentado acima e a fim de situar o leitor, o desenvolver do trabalho se dará da seguinte maneira:

Primeiramente, será apresentada uma análise do instituto da limitação de responsabilidade societária, sua perspectiva histórica, quais teorias buscam explicá-la, além de como se configura a limitação de responsabilidade dos sócios dentro das variadas espécies societárias existentes do Direito pátrio, tendo como enfoque principalmente as Sociedades Limitadas (sociedade constituída em grande número e que possui representantes de todos os portes econômicos, pequeno, médio e grande) e as Sociedades Anônimas (que apresentam, via de regra, grande porte, e

⁴ HICKS, John. **Limited Liability: the pros and cons**. In: *Limited Liability and the corporation*. p. 11. A tradução foi feita livremente pelo autor do presente trabalho. Todas as outras citações de livros e artigos não escritos em língua portuguesa também serão assim traduzidas até o final da monografia. Faz-se dessa maneira com base na lição de LEITE: “Em se tratando, porém, de texto jurídico, no qual o conteúdo e a extensão de um pensamento são fundamentais, e não o estilo – perfeitamente dispensável -, a inserção de citações estrangeiras deve ser evitada ‘para não obrigar o leitor a constantes saltos de uma língua para outra’”. LEITE, Eduardo de O. **Monografia Jurídica**. p. 337.

⁵ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. p. 485.

⁶ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law and Economics**. p.7

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. p. 46-47.

precisam do dinheiro de acionistas para poder se capitalizar de forma barata), além de uma análise estatística da composição das sociedades no Brasil, o que será de extrema importância para as conclusões em que se pretende chegar.

Feito isso, pretende-se trazer uma série de conceitos econômicos, como risco, valor esperado, custo de capital de terceiros, dentre outros, e mostrar como cada um deles afeta a decisão dos sujeitos/agentes e também suas interações com o próprio Direito.

Após, serão demonstrados os efeitos econômicos e as diferenças trazidas pela hipótese da limitação de responsabilidade dos sócios em relação à hipótese da responsabilidade ilimitada.

Demonstrações feitas, chega-se nos breves apontamentos sobre o tratamento que vem se dando à personalidade jurídica societária, especificamente no seu contraponto, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, que conduz à possibilidade de ser atingido o patrimônio dos sócios e administradores, afastando os efeitos da limitação de responsabilidade.

Por fim, conclui-se a monografia pela acuidade e efetividade microeconômica da limitação de responsabilidade societária, ao moldar a escolha dos sujeitos de direito (agentes econômicos), sejam eles administradores, sócios, investidores ou interessados, e também pelos maiores benefícios gerados macroeconomicamente, mais precisamente na esfera do investimento.

II. ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIETÁRIA

Antes dos apontamentos sobre a história e os caracteres jurídicos da limitação de responsabilidade, uma ressalva preliminar deve ser levantada, qual seja, a diferença entre empresa e sociedade.

A empresa é, no Código Civil de 2002, identificada com o conceito de empresário, sendo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”⁸. Assim, a empresa é realização de atividade econômica que não depende necessariamente da forma de uma sociedade, já que pode ser exercida por uma só pessoa⁹.

Pode-se considerar a empresa como um organismo econômico, fundada em princípios técnicos e leis econômicas sobre as quais se assenta seu conceito jurídico¹⁰.

Sociedade é definida no art. 981 do Código Civil de 2002 da seguinte maneira:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Como bem salienta a doutrina

Enquanto a sociedade é *sujeito de direito*, a empresa é *objeto de direito*, ou seja, a empresa, ao contrário da sociedade, não tem personalidade jurídica, não é pessoa jurídica. (...) A empresa é atividade explorada pela sociedade e o empresário é a própria sociedade e não as pessoas que a constituem, daí a denominação sociedade empresária¹¹.

Fica assim consignada a diferença entre sociedade e empresa, a primeira sendo sujeito e a segunda, objeto de direito.

A limitação de responsabilidade societária diz respeito à sociedade, foco primeiro do trabalho. Contudo, não há como olvidar a atividade econômica exercida,

⁸ Art. 966 do Código Civil de 2002.

⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. I. p. 61.

¹⁰ REQUIÃO. **Ob. Cit.** V. I. p. 50.

¹¹ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 55. Grifos no original

visto que a empresa, objeto de direito da sociedade, está inserida num sistema econômico sobre o qual se pretende tecer algumas considerações.

II. 1. Surgimento das sociedades empresárias e limitação de responsabilidade

O homem sempre viu na união de esforços uma possibilidade de aumento de ganhos de produtividade e, conseqüentemente, de poder aquisitivo.

Contudo, não é o intuito deste trabalho focar na história das sociedades empresárias, mas sim trazer apontamentos especificamente sobre as origens e tratamentos da atribuição de personalidade jurídica e limitação da responsabilidade dos sócios dentro de vários momentos históricos. É o que se pretende fazer a seguir.

II. 1. 1. Roma

Embora seja possível identificar legislações anteriores ao período romano, como o Código de Hamurabi, tais diplomas tratavam principalmente sobre questões de comércio e eram incidentais quanto às sociedades ¹².

Foi em Roma que puderam ser observadas as manifestações primitivas de tratamento da matéria societária, seja pelo fato de o direito romano abordar a associação entre os herdeiros para a administração dos bens deixados pelos ascendentes, seja pela criação de sociedades para arrecadar impostos ¹³.

Quanto à atribuição de personalidade jurídica, já nessa época existiam a *societas publicanorum* (concessionários de obras públicas e de cobrança de impostos) e a *societas vectigalium* (cobradores de impostos) ¹⁴, que continuavam suas atividades independentemente da morte de seus sócios. Foi justamente essa cobrança precisa e contínua de impostos – possível por meio da *societas* referida – um dos motivos do sucesso e das alterações do sistema econômico romano, que

¹² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p. 37

¹³ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 145

¹⁴ GONÇALVES NETO. **Ob. Cit.** p. 107

passou a deter uma fonte mais previsível de recursos, gerando planejamento e ocasionando o crescimento da economia ¹⁵.

Já quanto à limitação de responsabilidade, é interessante observar, por exemplo, que o *pater familias* era responsável pelos débitos de seus escravos (que eram tratados como mercadoria), mas somente até o limite do *peculium*, as posses doadas ao escravo ¹⁶.

As sociedades de Roma não tinham uma grande relevância externa, motivo pelo qual não havia limitação de responsabilidade. Sócios que não participavam da gestão eram considerados meros credores e, portanto, não tinham responsabilidade perante terceiros ¹⁷.

Vê-se, assim, que Roma tinha claramente as noções de atribuição de personalidade jurídica e de limitação de responsabilidade, mas que tais noções não eram complementares e não se relacionavam ¹⁸.

II. 1. 2. Idade Média e Mercantilismo

Conforme anotam os estudiosos, “o direito comercial surgiu, fragmentariamente, na Idade Média, pela impossibilidade do desenvolvimento do tráfico mercantil” ¹⁹. Aponta-se, ainda, que surgiram sociedades entre pais e filhos que continuavam mesmo com o falecimento daquele ²⁰, não havendo qualquer menção acerca da separação do patrimônio ou da limitação de responsabilidade. WARDE JÚNIOR indica que a responsabilidade ilimitada dos sócios era imposta pelo fato de todos aproveitarem diretamente, via de regra, os resultados da empresa ²¹.

A sociedade empresária, nos atuais moldes, teve início de fato com o Mercantilismo, por meio da separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio de seus sócios. Há no Renascimento outra característica interessante: devido à necessidade de capital para financiar as navegações e o retorno garantido

¹⁵ REZENDE, Cyro. **História Econômica Geral**. p. 35.

¹⁶ CARNEY, William J. **Limited Liability**. In: *Encyclopedia of Law and Economics*. p. 660.

¹⁷ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. p. 16.

¹⁸ CARNEY. **Ob. cit.** p. 660.

¹⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, V.I. p. 8.

²⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p. 107.

²¹ WARDE JÚNIOR. **Ob. cit.** p. 51.

no investimento, independentemente do caráter *intuitu personae*, empresas como a Companhia das Índias Ocidentais apresentam as características do que hoje se conhece como *sociedade de capital*²².

Para MUNHOZ, os sistemas jurídicos clássicos focavam sua preocupação nas pessoas e nas relações entre indivíduos, deixando em segundo plano as questões associativas. Contudo, haja vista o desenvolvimento de entidades coletivas com finalidades empresariais, a partir do séc. XIX ocorreu a generalização do instituto da pessoa jurídica, que antes era reservado à Igreja e Comunas²³.

Já apontando as razões econômicas de muitas das transações e a importância da limitação de responsabilidade, as pessoas mais abastadas se associavam a comandantes de navios, dando origem ao que se conhecia por *comenda*, sendo que o *emprestador* de dinheiro corria *risco* (importante conceito econômico a ser tratado) somente sobre a monta entregue ao capitão²⁴, dividindo os eventuais lucros. Essa racionalidade levou à criação de alguns tipos específicos de sociedade, como a em comandita, separando as responsabilidades dos sócios²⁵.

II. 1. 3. Primeira sociedade de responsabilidade limitada

GONÇALVES NETO identifica a origem da limitação de responsabilidade dos sócios em relação às obrigações da sociedade com as grandes companhias coloniais do séc. XVII e XVIII, mesmo que existissem esboços anteriores, como o Banco de São Jorge no séc. XV²⁶.

Já quanto ao tipo societário hoje especificamente conhecido, várias foram as tentativas de criação ou citações em legislações, como a *société à responsabilité limitée*, na França, em 1863, mas eram elas, na verdade, uma simplificação enganosa da sociedade anônima²⁷.

A primeira sociedade denominada como sendo de *responsabilidade limitada* e que de fato tem características diferentes das sociedades anônimas tem surgimento

²² BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 145-146.

²³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. p. 64.

²⁴ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. p. 07.

²⁵ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. p. 80-81.

²⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p. 108.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, V. II. p. 364.

na Alemanha, em 1892, servindo de inspiração para a criação de vários outros modelos semelhantes em outros ordenamentos ²⁸, com regime jurídico diferenciado, mais simples e barato do que o aplicável à sociedade anônima.

II. 2. Teorias explicativas da atribuição de personalidade jurídica à sociedade

Seguindo a metodologia adotada por COELHO ²⁹, opta-se por explicar a natureza jurídica da atribuição da personalidade jurídica à sociedade, visto que a limitação de responsabilidade dos sócios tem estreita relação com a personificação da sociedade, mesmo que existam exceções, como trazido na introdução e conforme será esmiuçado mais adiante.

Ao tratar, em sentido mais amplo, da atribuição de personalidade jurídica, OLIVEIRA divide as teorias sobre sua conceituação em: doutrinas individualistas, doutrinas da existência das realidades coletivas e doutrinas normativistas ³⁰, sendo que estas apresentam diversas relações com as teorias específicas a seguir.

Em sentido mais estrito ao direito empresarial, são três as principais teorias que buscam explicar a atribuição de personalidade jurídica à sociedade: **(i)** ficção; **(ii)** realidade e **(iii)** técnica jurídica. Há ainda quem coloque uma quarta teoria, **(iv)** a institucional ³¹.

Pela primeira das teorias, a atribuição de personalidade jurídica seria uma ficção, criação do Direito; tem personalidade jurídica o que o Direito regula e estipula que tem. Segundo REALE, essa corrente se baseia muito nas idéias de Savigny, segundo o qual a personalidade jurídica seria apenas um “artifício técnico imposto pelas necessidades da vida em comum” ³². A atribuição de personalidade jurídica não passaria de simples conceito, com o intuito de justificar a atribuição de direitos a determinado grupo de pessoas físicas ³³. Nas categorias propostas por Oliveira, essa seria uma corrente individualista, por centrar o foco da personalidade jurídica

²⁸ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 189.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, V. II. p. 7.

³⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Conceito de pessoa jurídica**. p. 28.

³¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. p. 283.

³² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. p. 230.

³³ AMARAL. **Ob. cit.** p. 281.

na pessoa humana ³⁴. Pode-se ainda enquadrá-la como normativista, pois depende de criação legal para existir ³⁵.

A teoria da realidade, de índole pré-normativa, advoga que a personalidade jurídica é algo que existe de fato, prévia e independentemente de disposição legal, sendo que o Direito meramente reconhece essa pré-existência ³⁶. Nessa visão, que tem como um de seus expoentes Von Gierke, somente entes com vontade própria poderiam ser titulares de direitos, sendo que, no caso, um grupo de indivíduos possui interesse próprio, distinto do de seus membros analisados individualmente ³⁷. As organizações seriam entidades vivas, supra-individuais, sendo enquadráveis nas teorias da realidade coletiva, proposta por Oliveira ³⁸.

Por fim, a corrente da técnica jurídica, vendo que ambas as teorias acima pecam por considerar a sociedade empresária como um “ser”, defende que a atribuição de personalidade jurídica é fruto de técnica legislativa. Não se trata de saber se a sociedade empresária é, mas sim qual regime jurídico lhe é aplicável.

A pessoa jurídica não preexiste ao direito; é apenas uma idéia, conhecida dos advogados, juizes e demais membros da comunidade jurídica, que auxilia a composição de interesses ou a solução de conflitos ³⁹.

Parece, posto isso, que a última teoria melhor se adapta à realidade, visto que pouco importa o caráter deontológico da atribuição de personalidade, mas sim qual o regime aplicável e qual o intuito buscado com esse instituto, que é justamente a separação de patrimônio e limitação de responsabilidade, conforme apontam BERTOLDI e RIBEIRO:

Em verdade, com a personificação da sociedade, o resultado prático que se busca é justamente a separação do patrimônio dos sócios em relação ao patrimônio da sociedade ⁴⁰.

O conceito original elaborado por Oliveira também se assemelha a essa última corrente. Através de uma concepção ontológico-institucionalista, com base

³⁴ XAVIER LEONARDO, Rodrigo. **Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira**. p. 122. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/14977/10029>>

³⁵ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 149.

³⁶ BERTOLDI. RIBEIRO. **Ob. cit.** p. 149.

³⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. p. 282.

³⁸ XAVIER LEONARDO, Rodrigo. **Ob. cit.** p. 124.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, V. II. p 9.

⁴⁰ BERTOLDI. RIBEIRO. **Ob. cit.** p. 150.

nas idéias de Hauriou, que vê a personalidade jurídica como uma instituição social preexistente que, devido a suas características de organização, teria atribuída personalidade jurídica ⁴¹, Oliveira reconhece a existência da pessoa jurídica e sua capacidade de direitos, diferindo da pessoa humana em sua substância ⁴², sendo outro regime aplicável.

Importante notar que o Código Civil de 2002 positivou que a sociedade só adquire personalidade jurídica com o devido registro de seus atos constitutivos ⁴³, filiando-se a uma corrente atributiva: o Direito posto é que atribui personalidade jurídica à sociedade ⁴⁴.

REQUIÃO já advertia que essas fatigantes discussões sobre teorias da pessoa jurídica, mais do que esclarecer o problema, têm tornado a problemática ainda mais complexa ⁴⁵. E, mesmo dentre todas essas teorias, não são poucos os autores que acreditam na inadequação de qualquer uma delas para explicar o fenômeno da personalidade jurídica ⁴⁶. Essa visão de crise da personalidade jurídica será tratada mais adiante em tópico apartado sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

II. 3. Sociedades empresárias e limitação de responsabilidade no Brasil

II. 3. 1. Contextualização

No histórico do Brasil, as sociedades eram basicamente anônimas em sua gênese, tendo-se notícia do primeiro regramento com a edição do Dec. 575 de 10/01/1849, que previa a aprovação da constituição da sociedade como dependente de autorização do governo. O Código Comercial data de 1850 e traz algumas regras

⁴¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. p. 283.

⁴² XAVIER LEONARDO, Rodrigo. **Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira**. p. 128 e 133.

⁴³ Art. 985 do Código Civil de 2002.

⁴⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p. 125.

⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de Direito Comercial: sociedades comerciais**. p. 70.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. p. 16.

específicas para as chamadas *sociedades comerciais*. Já a regulamentação para as limitadas surgiu em 10/01/1919⁴⁷, por meio do Decreto nº. 3.708.

O Código Civil de 2002 prevê a existência de oito sociedades, sendo cinco empresárias e três não. É o que se verá a seguir.

II. 3. 2. Responsabilidade dos sócios nas espécies brasileiras de sociedade

Existe no ordenamento pátrio uma série de espécies societárias, podendo pacificamente ser classificadas em: **(i)** sociedades de responsabilidade ilimitada, **(ii)** limitada ou **(iii)** mista, além dos empresários individuais⁴⁸.

Uma primeira observação que deve ser feita é que os sócios só, e se for o caso, serão responsabilizados por dívidas sociais *subsidiariamente*, nas sociedades personificadas. Primeiramente se liquidam as dívidas com os ativos da própria sociedade e somente depois se atinge o patrimônio dos sócios. Além disso, e conforme já adiantado na introdução, a sociedade é completamente responsável por todos seus débitos, sendo a limitação de responsabilidade relativa somente aos seus sócios⁴⁹.

Indo para a análise da responsabilização de cada uma das espécies societárias, a sociedade em comum é uma sociedade que ainda não está regularmente constituída e, portanto, não apresenta personalidade jurídica. “Em matéria de responsabilidade dos sócios, a regra é de que, não havendo ressalva, respondem pelas obrigações sociais”⁵⁰, sendo que essa ressalva só tem validade perante a sociedade, e não terceiros.

Quanto à sociedade em nome coletivo, é ela composta por duas ou mais pessoas e que pode ter por objeto fim não-empresarial⁵¹. Sobre a responsabilidade dos sócios, o art. 1.039 do Código Civil é claro e taxativo e assim expõe:

Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

⁴⁷ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 189 e 219.

⁴⁸ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Limitada**. p. 25.

⁴⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, V.I. p. 397.

⁵⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p. 108.

⁵¹ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. p. 227.

O parágrafo único do dispositivo supra estabelece, ainda, uma interessante possibilidade: os sócios podem limitar entre si a responsabilidade de cada um (criando um direito de regresso), sem que isso afete a regra geral de responsabilidade perante terceiros ⁵².

Já a sociedade em comandita simples é caracterizada por apresentar duas espécies de sócio: os sócios comanditários, que emprestam capital para a sociedade, e os sócios comanditados, que exercem funções de administração. Essa espécie rege-se, também, pelas normas da sociedade em nome coletivo. Quanto à responsabilidade, o art. 1.045 do Código Civil expressamente prevê a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios comanditados, enquanto os comanditários são responsáveis tão somente pelo valor de sua quota ⁵³.

A sociedade em comandita por ações tem as mesmas duas espécies de sócios da sociedade em comandita simples. A diferença reside no fato de que o capital social é dividido em ações e rege-se ela pelas normas da sociedade anônima, conforme art. 1.090 do Código Civil ⁵⁴. A responsabilidade dos sócios comanditários, na comandita por ações, é a mesma da comandita simples, limitada ao valor de sua respectiva quota.

Já o sócio comanditado, na função de diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade, pela força do art. 1.091 do Código Civil. Se houver mais de um diretor, serão todos responsáveis solidariamente, após esgotados os bens sociais e, caso destituído ou exonerado, continua o diretor responsável pelas obrigações sociais contraídas sob sua administração durante o prazo de dois anos. Observe-se que essa forma de responsabilização se dá, contudo, pela função gerencial exercida e não simplesmente pela qualidade de sócio.

Na sociedade limitada, todos os cotistas respondem limitadamente perante a sociedade e terceiros, no limite do valor de suas cotas, conforme reza o art. 1.052 do Código Civil de 2002 ⁵⁵.

Há uma ressalva, não obstante. Se o capital social ainda não estiver integralizado, todos os cotistas respondem solidariamente perante terceiros por essa

⁵² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p. 278.

⁵³ GONÇALVES NETO. **Ob. cit.** p. 286.

⁵⁴ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 175.

⁵⁵ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Limitada**. p. 25.

integralização. Assinala GONÇALVES NETO que essas, somadas à exata estimação dos bens trazidos à sociedade (art. 1.055, § 1º do Código Civil), são as únicas responsabilidades na sociedade limitada emanadas da condição/estado de sócio ⁵⁶, sendo outras eventuais responsabilidades decorrência de algum outro fator, como a gestão da sociedade.

Saliente-se que, com arrimo nos artigos 986 e 990 do Código Civil de 2002, enquanto não regularmente constituída a sociedade, ou seja, enquanto não registrados seus atos constitutivos, o regime aplicado é o de responsabilidade ilimitada em regime solidário. Senão vejamos:

Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações sem organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.
(...)

Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

Na sociedade anônima, encontra-se a forma mais avançada de limitação de responsabilidade. Isso porque, como se constata no próprio nome do tipo societário, pode congrega uma infinidade de sócios, não se sabendo quem é sócio em determinado momento, considerando a incontrolável rotatividade das ações ⁵⁷, sendo difícil a responsabilização de qualquer sócio. Ressalve-se que esse caráter de diluição e abertura pode ser relativizado na sociedade anônima fechada. É permitido a essa forma de S/A limitar a circulação de suas ações, por força do art. 36 da Lei 6.404 de 1976. Tais limitações só ficam sujeitas a serem minuciosamente reguladas pelo estatuto e que essas restrições não impeçam a negociabilidade, nem deixem a circulação ao arbítrio da administração ou do controlador da companhia, já que a figura do sócio pode ser importante em determinadas companhias fechadas ⁵⁸.

A responsabilidade dos sócios na sociedade anônima consta na Lei 6.404 de 1976, rezando que “a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas” ⁵⁹. A referida Lei explicita que a responsabilidade será sobre o valor de emissão, segundo CARVALHOSA, posto

⁵⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p. 301-302.

⁵⁷ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Anônima**. p. 6.

⁵⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à Lei de Sociedades Anônimas**. V. I. p. 350-351.

⁵⁹ Art. 1º da Lei 6.404 de 1976.

que, em determinadas situações, não consta valor nominativo na emissão ou, ainda, existe ágio entre o valor nominativo e o valor de emissão ⁶⁰.

A sociedade em conta de participação não é, propriamente, uma sociedade, mas sim um contrato entre as partes que a compõem ⁶¹; todavia, é chamada de sociedade pelo Código Civil de 2002, razão pela qual será tratada e chamada também de sociedade.

O atual Código Civil não define o que seria a sociedade em conta de participação. Não obstante, o conceito desse contrato pode ser encontrado em legislações passadas,

Art. 325. Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação (...) ⁶².

Interessante notar que a sociedade em conta de participação não apresenta personalidade jurídica, como já indicado neste trabalho.

Ressalvas feitas e considerando a aplicação do Novo Código Civil, essa modalidade de sociedade apresenta dois tipos de sócio: o sócio ostensivo, empresário, que administra a sociedade e o sócio oculto, que presta capital, mas não se mostra nas relações externas à sociedade ⁶³.

A responsabilidade de cada sócio é positivada no art. 991 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002. O sócio ostensivo é o único que se obriga perante terceiros e o sócio oculto responde nos limites do contrato, não respondendo pessoalmente pelas dívidas assumidas pela dita sociedade ⁶⁴. Embora a configuração da responsabilidade possa ser posta como responsabilidade ilimitada do sócio ostensivo e isenção do sócio oculto, autores como MUNHOZ a vêem como uma sociedade (pelo menos positivamente) à qual não se confere personalidade jurídica, mas se confere limitação de responsabilidade ⁶⁵, conforme salientado na introdução.

⁶⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à Lei de Sociedades Anônimas**. V. I. p. 3-4.

⁶¹ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 184.

⁶² Art. 325 do Código Comercial de 1850.

⁶³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, V.I. p. 440.

⁶⁴ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 185.

⁶⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. p. 70

Por fim, traz-se a sociedade simples, que surgiu com o desaparecimento das antigas sociedades civis ⁶⁶. Não há também, para esse tipo societário, conceito normativo do que seria a sociedade simples. REQUIÃO aponta que a sociedade simples é um contraponto às sociedades empresárias e seu regime serve de subsídio ao regime de empresariedade ⁶⁷.

Por força dos arts. 1.023 e 1.204 do Código Civil de 2002, a responsabilidade dos sócios da sociedade simples é ilimitada. Apesar disso, houve certa discussão sobre o inc. VIII do art. 997 do Código, que disciplina o contrato social da sociedade simples. No referido inciso, reza que deve constar no contrato se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. O termo *subsidiariamente* deu margem a interpretações sobre uma possível limitação de responsabilidade, se prevista no contrato ⁶⁸.

A resposta a esse problema é que a responsabilidade subsidiária, na verdade, se mostra como uma possível alternativa ao regime de responsabilidade solidária, sendo o primeiro regime citado aquele prevalece, salvo cláusula prevendo que a incidência do último, conforme aludido art. 1.023 do Código Civil de 2002 ⁶⁹.

II. 4. Análise quantitativa

Para uma singela análise estatística ⁷⁰, retirou-se a seguinte tabela do sítio do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), que registra a quantidade de sociedades criadas no país entre os anos de 1985 e 2005:

⁶⁶ RIBEIRO, Marcia Carla P. **O que podemos esperar das sociedades simples**. In: *Revista de direito empresarial*. N.1. Janeiro/Junho 2004. p. 10.

⁶⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, V.I. p. 420.

⁶⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p. 165.

⁶⁹ GONÇALVES NETO. **Ob. cit.** p. 165. e RIBEIRO, Marcia Carla P. **O que podemos esperar das sociedades simples**. In: *Revista de direito empresarial*. N.1. Janeiro/Junho 2004. p. 15.

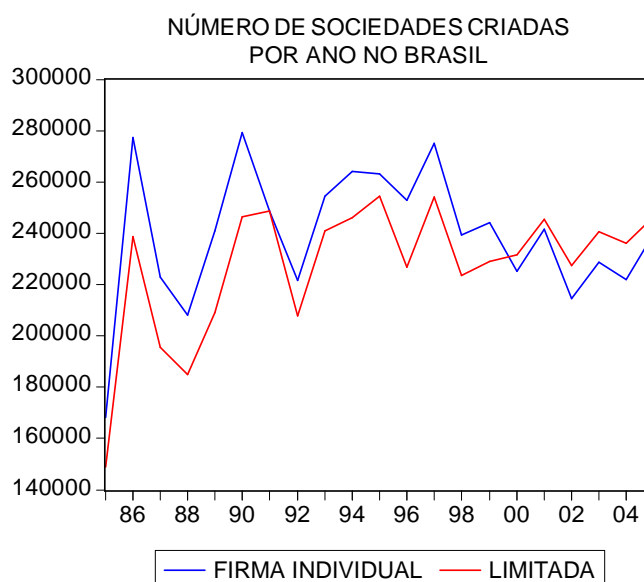
⁷⁰ Restringe-se a análise à observação dos dados das tabelas, além das dispersões gráficas, pois qualquer outra análise requereria detalhamentos sobre a significância e robustez de cada ferramenta utilizada, fugindo do escopo do trabalho. Sobre esse exame de *dados crus*, numa expressão estatística, utilizou-se: ASTERIOU, Dimitrios. HALL, Stephen. **Applied Econometrics**. p. 11-17.

CRIAÇÃO DE SOCIEDADES POR TIPO NO BRASIL

ANOS	FIRMA INDIVIDUAL	SOCIEDADE LIMITADA	SOCIEDADE ANÔNIMA	COOPE- RATIVAS	OUTROS TIPOS	TOTAL
1985	168045	148994	1140	363	66	318608
1986	277350	238604	1034	297	204	517489
1987	222847	195451	857	319	161	419635
1988	208017	184902	1214	404	128	394665
1989	240807	209206	1251	437	151	451852
1990	279108	246322	748	438	141	526757
1991	248590	248689	611	447	156	498493
1992	221604	207820	594	515	132	430665
1993	254608	240981	697	757	161	497204
1994	264202	245975	731	657	207	511772
1995	263011	254581	829	879	187	519487
1996	252765	226721	1025	1821	360	482692
1997	275106	254029	1290	2386	410	533221
1998	239203	223689	1643	2258	335	467128
1999	244185	229162	1422	2330	246	477345
2000	225093	231654	1466	2020	369	460602
2001	241487	245398	1243	2344	439	490911
2002	214663	227549	1012	1556	371	445151
2003	228597	240530	1273	1503	310	472213
2004	222020	236072	1366	2438	303	462199
2005	240306	246722	1800	1297	413	490538
TOTAL	4569288	4300257	20080	21731	4534	8915890

FONTE: www.dnrc.gov.br

Para tornar a análise mais palatável, optou-se por *plotar* um gráfico com as dispersões da quantidade criada de firmas individuais e da quantidade de sociedades limitadas criadas - dentre as sociedades personificadas, a que é constituída em maior número por ano e, em razão desses números elevados, pode ser apresentada na mesma escala que o primeiro indicador, o que por si só já facilita a visualização.



Da tabela e dispersão acima, pode-se primeiramente observar que a quantidade de firmas individuais e sociedades limitadas sofrem variações semelhantes com o passar dos anos e implementações das mais diversas políticas econômicas, sendo sinal de correlação entre elas e a atividade econômica nacional.

Contudo, o que mais chama a atenção é que, mesmo com todas as vantagens já demonstradas acima, as sociedades limitadas (forma mais simples de constituição de sociedade com responsabilidade limitada) só foram ultrapassar as firmas individuais, em novas constituições por ano, em 2000.

Vários autores explicam os motivos dessa discrepância.

Para CORRÊA-LIMA,

[o] alto percentual de registro de firmas individuais parece apontar, a um tempo: 1º) para o desconhecimento do Direito Empresarial ou a *despreocupação com o risco que a atividade empresarial acarreta para o patrimônio do empresário individual* (todo patrimônio do empresário individual responde, ilimitadamente, pelas dívidas da atividade empresarial); 2º) para as dificuldades da nossa Economia e, principalmente, para a falta de emprego ou o desemprego, que levam as pessoas a tentarem constituir um negócio próprio; constata-se que após cada um dos Plano Econômicos do Governo aumenta o número de firmas individuais registradas⁷¹.

A segunda razão é corroborada, inclusive, pelo número marginal de criações de sociedades anônimas, se comparadas às limitadas e firmas individuais, visto que

⁷¹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Anônima**. p. 2. Grifou-se.

a sociedade anônima foi pensada para empresas de maior porte, envolvendo mais dinheiro, conseqüentemente. Veja-se também que o próprio autor considerou a despreocupação com a limitação de responsabilidade.

Na linha que aponta a incipiência da Economia brasileira, COELHO advoga que

o empresário individual, em regra, não explora atividade economicamente importante. Em primeiro lugar, porque negócios de vulto exigem naturalmente grandes investimentos. Além disso, o *risco de insucesso, inerente a empreendimento de qualquer natureza e tamanho, é proporcional às dimensões do negócio: quanto maior e mais complexa a atividade, maiores os riscos*. Em consequência, as atividades de maior envergadura econômica são exploradas por sociedades empresárias *anônimas* ou *limitadas*, que são os tipos societários que melhor viabilizam a conjugação de capitais e limitação de perdas. Aos empresários individuais sobram os negócios rudimentares e marginais, muitas vezes ambulantes. Dedicam-se a atividades como varejo de produtos estrangeiros adquiridos em zonas francas (sacoleiros), confecção de bijuterias, de doces para restaurantes ou bufes, quiosques de miudezas em locais públicos, bancas de frutas ou pastelarias em feiras semanais etc.⁷².

Em pensamento semelhante, GONÇALVES NETO expõe que

embora quantitativamente o empresário individual guarde lugar de destaque nas estatísticas, (...), o fato é que, do ponto de vista macroeconômico, sua participação no mercado resta bastante reduzida⁷³.

Tendo em vista todas as explicações trazidas, poder-se-ia apontar outra razão decorrente para o alto número de constituições de firmas individuais. A constituição de uma sociedade limitada requer um considerável tempo e também dinheiro⁷⁴, e considerando as condições precárias das muitas pessoas que vêm no empreendedorismo uma nova fonte de sustento, esse tempo e dinheiro seriam, na verdade, enormes *custos de transação* - matéria a ser devidamente abordada-, que levam a não constituição de uma sociedade.

⁷² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. p. 20. Grifou-se.

⁷³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p. 108.

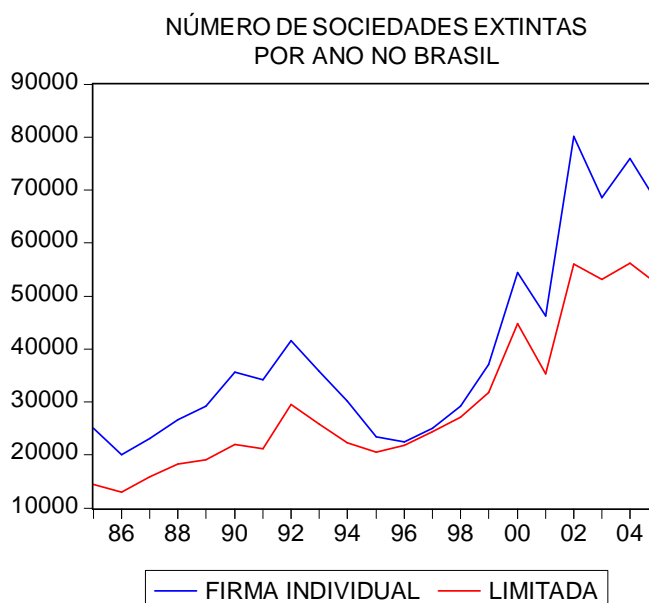
⁷⁴ Estudo realizado pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio, com dados de 2007, aponta que, em média nacional, cada empresa apresentava um custo de abertura de R\$ 339,13, podendo chegar a R\$ 584,48 (Piauí). No Paraná, o custo era de R\$ 276,56 em 2007. Quanto ao tempo de espera para a abertura, o tempo nacional médio, contando Junta Comercial, anuência do Corpo de Bombeiros e outros órgãos anuentes era de 21 dias, sem contar o prazo para obtenção do CNPJ, que no Paraná, por exemplo é de 45 dias (não existem dados nacionais sobre esse indicador). Estudo disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/portalmDic/arquivos/dwnl_1196771520.pdf>, acesso em 25/10/2010.

Tentando tornar a abordagem do assunto mais completa, traz-se a seguir outra tabela (e respectivo gráfico) retirada do site do Departamento Nacional de Registro do Comércio, mostrando a extinção por tipo societário no Brasil, também de 1985 a 2005.

EXTINÇÃO DE SOCIEDADES POR TIPO NO BRASIL

ANOS	FIRMA INDIVIDUAL	SOCIEDADE LIMITADA	SOCIEDADE ANÔNIMA	COOPE-RATIVAS	OUTROS TIPOS	TOTAL
1985	25066	14344	96	81	54	39641
1986	20057	12952	121	42	17	33189
1987	23132	15792	96	39	8	39067
1988	26583	18250	86	34	20	44973
1989	29181	19017	83	9	16	48306
1990	35667	22039	98	10	24	57838
1991	34189	21131	176	5	30	55531
1992	41602	29528	246	19	42	71437
1993	35806	25886	117	26	34	61869
1994	30121	22243	119	33	44	52560
1995	23494	20567	464	16	34	44575
1996	22417	21769	951	30	42	45209
1997	25030	24393	1040	48	34	50545
1998	29170	27156	1324	47	30	57727
1999	37085	31763	458	61	51	69418
2000	54402	44771	655	88	50	99966
2001	46288	35346	336	74	40	82084
2002	80129	56029	388	126	61	136733
2003	68586	53175	837	120	96	122814
2004	76007	56163	142	126	55	132493
2005	67179	52018	144	125	60	119526
TOTAL	831191	624332	7977	1159	842	1465501

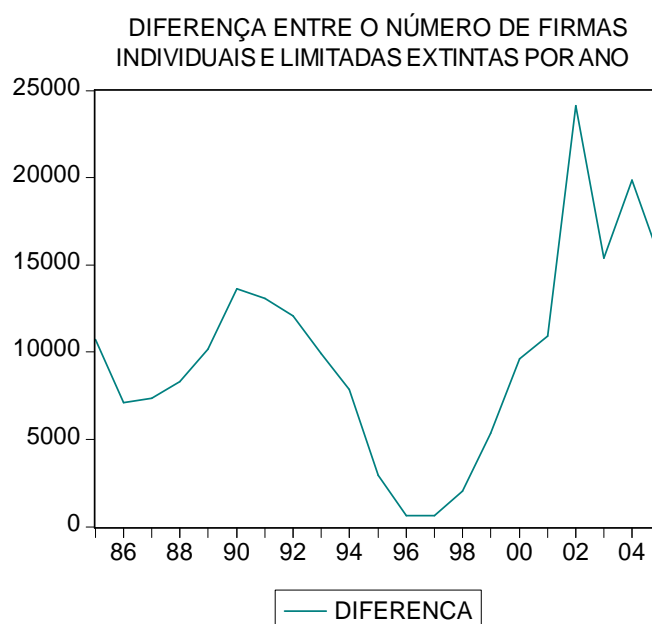
FONTE: www.dnrc.gov.br



Note-se que, assim como na criação das sociedades, o comportamento das limitadas e das firmas individuais segue um mesmo padrão quanto a sua extinção no decorrer do tempo. Contudo, a extinção das firmas individuais é consideravelmente maior que a extinção das sociedades limitadas.

Uma primeira explicação lógica seria a de que existe um maior *estoque* de empresários individuais em detrimento das sociedades limitadas, visto que durante muito tempo foram criadas mais firmas individuais do que limitadas, conforme pode ser observado nos totais da primeira tabela.

Esse raciocínio não explica, contudo, o fato de o número de firmas individuais que encerram atividade não ter diminuído e ser superado pelo número de limitadas que fecham as portas, de maneira análoga ao que ocorreu com a abertura de sociedades; em outras palavras, a criação de limitadas superou a criação de firmas individuais, mas a extinção de limitadas não superou a extinção de firmas individuais. Inclusive, o que ocorreu foi que, a partir de 2000 (ano no qual o número de limitadas criadas superou o de firmas individuais), a diferença entre o número de firmas individuais que foram extintas e o número de limitadas extintas cresceu ainda mais:



Desta forma, as evidências acima apontam, primeiramente, para a similitude na criação e extinção de sociedades limitadas e firmas individuais, visto que elas sofrem impactos consideravelmente parecidos dentro de cada contexto econômico nacional.

Contudo, observa-se o novo rumo tomado pelos agentes econômicos, conhecendo as vantagens trazidas pela sociedade limitada, optando por este tipo societário em detrimento das firmas individuais (pelo maior número de criação e menor número relativo de extinções de sociedades limitadas). Isso é também corroborado pelo ínfimo número de extinções das sociedades anônimas, já que possuem caráter institucional.

Além disso, a extinção em maior número das firmas individuais aponta para a insegurança trazida pela não limitação de responsabilidade, embora outros fatores também possam interferir nesses números, como a própria extinção da firma individual para a constituição de uma limitada para continuidade de determinada atividade.

III. ASPECTOS ECONÔMICOS E FINANCEIROS DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIETÁRIA

Hão de ser feitas ressalvas preliminares, tanto metodológicas quanto por honestidade intelectual, sobre conteúdo que se segue.

Em cada tópico abordado, citam-se as fontes utilizadas e mostram-se as idéias básicas das teorias discutidas, grande parte sendo composta por citações diretas retiradas dos mais clássicos manuais da Economia e das Finanças. Contudo, determinados pontos são controversos, como o pressuposto de que os agentes buscam maximizar sua utilidade ⁷⁵, ou teorias deveras complexas, como a teoria da eficiência de mercado baseada nas expectativas racionais dos agentes ⁷⁶. Nesses casos, buscou-se dar o enfoque majoritário e clássico, haja vista que maiores divagações fugiriam ao escopo do trabalho.

Outro ponto é o enfoque principalmente microeconômico a ser adotado. Em macroeconomia, investimento é aquele que cria novo capital, e não somente redistribui capital já existente entre diferentes indivíduos ⁷⁷. No presente tópico serão abordadas, principalmente, escolhas de pessoas e empresas (dois agentes microeconômicos) ⁷⁸, razão pela qual “investimento” será um termo utilizado em um sentido mais amplo e genérico, abarcando tanto a esfera de criação, quanto de circulação de ativos.

Optou-se por assim fazer com o propósito de se permitir uma leitura fluente - já que se tratam de conceitos econômicos em uma monografia jurídica - e também para não tornar o presente trabalho metodologicamente lacunoso.

⁷⁵ Um contraponto, analisando a teoria comportamental, pode ser observado em MARNET, Oliver. **Behaviour and Rationality in Corporate Governance**. p. 87-89.

⁷⁶ MUTH, John. **Rational Expectations and the Theory of Price Movements**. In: *Econometrica*, XXIX 315-331

⁷⁷ MANKIW, N. Gregory. **Macroeconomia**. p. 20.

⁷⁸ MANKIW. **Ob. cit.** p. 9.

III. 1. A visão econômica da empresa/firma ⁷⁹: a contribuição de Coase e os custos de transação

Até 1937, a Economia Empresarial se preocupava tão somente com o estudo dos custos de produção dos empreendimentos, havendo meras idéias sobre outras espécies de custos, sem que nada fosse sistematizado. Com a publicação do artigo precursor intitulado *A Natureza da Firma (The Nature of the Firm)* de Ronald COASE, em 1937, os economistas se depararam com uma nova situação: a existência de custos de transação ⁸⁰. Esses custos são essenciais para compreensão do papel da limitação de responsabilidade societária.

Para Coase, a firma era vista dentro de determinadas premissas que não condiziam com “o mundo real” ⁸¹. Assim, COASE questiona: o que seria a firma?

A resposta para a assertiva acima é que a empresa serve de arranjo institucional que permite a contratação constante e permanente (vínculo duradouro) de fatores no mercado, ao invés de outras formas de contratação ⁸². A firma é, então, uma alternativa à contratação individual e esporádica de fatores de produção pelos mecanismos de preço de mercado ⁸³.

Dessa forma, Coase via a empresa como uma alternativa que organiza e centraliza hierarquicamente a atividade econômica, em detrimento de cada pessoa ter de recorrer ao mercado para realização de todas suas necessidades menores. A empresa é, pois, uma rede ⁸⁴, um nexu contratual. E essa forma de organização (empresa) só é tão presente no mundo real (em relação ao mercado) devido aos custos de transação ⁸⁵, que, portanto, não podem ser negligenciados da análise econômica.

⁷⁹ Sabe-se que no direito pátrio, *firma* é apenas um dos possíveis nomes sociais para registro de empresa. Já na tradição anglo-saxã, *firma* se identifica com *empresa*. Contudo, é usual a doutrina econômica brasileira, por tradição, chamar *empresa* de *firma*, o mesmo ocorrendo com o próprio senso comum.

⁸⁰ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos custos de transação**. In: *Economia Industrial – Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. p. 267.

⁸¹ COASE, Ronald. **The nature of the firm**. In: *Economica*, Vol. 4. Nº. 16. p. 387.

⁸² DANTAS, Alexis. KERTSNETZKY, Jacques. PROCHNIK, Victor. **Empresa, indústria e mercados**. IN: *Economia Industrial – Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. p. 27

⁸³ COASE. **Ob. cit.** p. 389.

⁸⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. p. 484.

⁸⁵ COASE. **Ob. cit.** p. 390-391.

Os custos de transação devem ser entendidos como “os custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato” ⁸⁶. Isso ocorre, pois as partes de um contrato nunca possuem as mesmas informações (ocorre o que se chama de assimetria de informação). Essa constatação ficará mais clara após a pormenorização dos fatores determinantes desses custos de transação.

São três os principais fatores que culminam na assimetria de informação: (i) racionalidade limitada; (ii) complexidade e (iii) incerteza.

Por mais que o ser humano seja racional, existe certa álea em face da qual não se pode tudo prever. Se a nossa racionalidade não fosse limitada, todos os contratos seriam fechados, sem lacunas e com o poder de antever qualquer problema. Os agentes, dessa forma, fazem o máximo esforço racional possível, considerando suas limitações, para chegar ao resultado mais vantajoso individualmente ⁸⁷.

Além disso, a racionalidade humana é limitada, pois se vive em um ambiente complexo e incerto. Quando somados esses três fatores, geram-se assimetrias de informação, que “nada mais são do que diferenças nas informações que as partes envolvidas em uma transação possuem, particularmente quando essa diferença afeta o resultado final da transação” ⁸⁸.

Vê-se, dessa forma, que a contribuição dos custos de transação se dirige às premissas da economia neoclássica e do perfeito equilíbrio de mercado. Existem, contudo, custos que não são tão visíveis e são decorrentes de problemas de mercado e afetam em muito as transações ⁸⁹.

Um contrato social é, obviamente, um contrato, que congrega pessoas para a realização de um fim comum, através da disponibilidade (física ou simplesmente monetária) de cada um. Assim, também existem custos de transação para elaboração de um contrato social, seja entre as partes contratantes ou entre os futuros sócios e a sociedade, como é o caso visto na análise quantitativa - do tempo de espera e do custo burocrático para constituir uma sociedade. Além disso, todos os posteriores contratos a que uma empresa se submeter têm custos de transação.

⁸⁶ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos custos de transação**. In: *Economia Industrial – Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. p. 269.

⁸⁷ RIBEIRO, Marcia Carla P. **Racionalidade Limitada**. In: RIBEIRO, Marcia Carla P. KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. p. 63.

⁸⁸ FIANI, Ronaldo. **Ob. cit.** p. 269-270.

⁸⁹ RIBEIRO, Marcia Carla P. GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. p. 105.

Autores que estudam os ditos *contratos incompletos* apontam para a impossibilidade de um contrato prever todas as possíveis contingências de um negócio e que tentar tornar um contrato absolutamente completo, antes mesmo de requerer muito tempo e dinheiro, seria impossível⁹⁰.

Dessa forma, a limitação de responsabilidade societária seria uma forma de diminuir esses custos de transação, pois que os agentes (sócios) não despenderiam muito tempo ou dinheiro (custo) para obter as informações necessárias para tornar o contrato simétrico e, por conseqüência, ter conhecimento pleno das condições do contrato, ainda mais considerando a impossibilidade na confecção de um contrato completo.

III. 2. Risco

A toda e qualquer atividade econômica desenvolvida é inerente a existência de certo risco e incerteza⁹¹. Embora as ferramentas contábeis e econômicas tenham sido largamente aperfeiçoadas com o passar dos anos, auxiliando no planejamento estratégico das empresas, ainda assim existe determinado nível de incerteza em toda atividade e mesmo os riscos não são sempre perfeitamente mensuráveis.

Desta forma, toda pessoa deve refletir e decidir qual o grau de risco está disposta a suportar antes de realizar um investimento. Conforme se sabe, tanto da literatura específica sobre o assunto quanto de certo senso comum, existe uma relação direta entre risco e retorno: quanto menor o risco, menor o retorno, como investimentos em caderneta de poupança; ou quanto maior o risco, maior o retorno, como investimentos em derivativos⁹².

Divide-se o risco, basicamente, em dois grandes grupos: (i) *risco sistemático*, aquele inerente a todo e qualquer ativo, sendo determinado por fatores políticos,

⁹⁰ CRASWELL, Richard. **The “incomplete contracts” literature and efficient precautions**. 56. CASE W. RES. L. REV. 151 (2005-2006). p. 154.

⁹¹ Risco e incerteza são conceitos distintos. O primeiro a tratar sistematicamente do assunto foi o professor da Escola de Chicago, Frank Knight. Incerteza é um conceito um tanto mais genérico, referente ao que não se pode prever, enquanto risco é aquela variabilidade estatisticamente mensurável. Essa diferença é tratada nos riscos sistemáticos e não-sistemáticos, alguns parágrafos abaixo. Ver KNIGHT, Frank. **Risk, Uncertainty and Profit**.

⁹² PINDYCK, Robert. RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. p.131.

econômicos e mesmo jurídicos e (ii) *risco não sistemático*, que é o risco intrínseco a cada ativo em especial ⁹³.

No caso de empresas, cada uma apresenta seu risco não sistemático, inerente à atividade. Quanto ao risco sistemático, a limitação de responsabilidade societária serve para sua diminuição, em específico ao que autores de mercado financeiro chamam de *riscos legais* ⁹⁴, ao proteger o patrimônio do investidor.

Assim, a limitação externaliza uma parte do risco da atividade econômica ⁹⁵. Em uma situação em que duas partes são avessas ao risco, a situação mais eficiente será a de se dividir esse risco, como entre os sócios e os credores ⁹⁶. E tem-se que a forma mais adequada de gerir essa relação de risco é por meio do contrato ⁹⁷. Além disso, a história mostra como a união de recursos e esforços é mais produtiva que o exercício de atividades por indivíduos isolados ⁹⁸.

WARDE JÚNIOR, ainda, destaca que a limitação foi uma forma encontrada de, ao se mitigar os riscos da atividade, atrair mais pessoas para a atividade produtiva, tornando os mercados mais competitivos e, conseqüentemente, mais próximos ao que a teoria econômica denomina de *mercados perfeitos*, ao facilitar a concorrência ⁹⁹.

III. 2. 1. Probabilidade e valor esperado

Considerando a caracterização de risco realizada acima, vê-se que todo agente econômico deve tentar quantificar – mesmo que em um simples processo mental - os riscos de determinada atividade para decidir se realiza ou não o investimento. Dois conceitos utilizados na mensuração do risco serão, em especial, úteis neste ponto e é aqui que a análise econômica se torna muito interessante à limitação de responsabilidade. Os conceitos são de probabilidade e valor esperado.

⁹³ ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. p. 220-221.

⁹⁴ ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. p. 128.

⁹⁵ COUWENBERG, Oscar. **Corporate Architecture and Limited Liability**. In: *Review of Law & Economics*. : Vol. 4 (2008): Iss. 2, Art. 4. p. 622.

⁹⁶ EASTERBROOK, Frank. FISHEL, Daniel. **The economic structure of corporate law**. p. 47.

⁹⁷ RIBEIRO, Marcia Carla P. GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. p. 130.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. p. 49-50.

⁹⁹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. p. 144-145.

Assim, “probabilidade refere-se à possibilidade de que determinado resultado venha a ocorrer” e valor esperado é a “média ponderada probabilística dos valores associados a todos os resultados possíveis de um acontecimento”¹⁰⁰. Probabilidade é uma chance de que determinado evento ocorra e o valor esperado de um investimento é a média entre os possíveis (prováveis) retornos desse investimento. Se o valor esperado for positivo, pelo menos em um primeiro momento conforme será adiante visto, faz sentido a realização da aplicação. A explicação fará mais sentido após um singelo exemplo com apenas dois resultados possíveis.

Imagine-se um investimento em uma empresa *start-up*, recém-criada, iniciando uma atividade. O investimento inicial (custo fixo e independente de sucesso) será de R\$ 1.000,00 (mil reais). O negócio apresenta 30% de chances de fracasso, contra 70% (0,7, se visto em decimais) de chances de sucesso. Se a atividade for infrutífera, perder-se-á todo o capital investido, mas somente isso. Contudo, se bem sucedido, o retorno será de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), 100% sobre o capital investido. Desconsideram-se os prazos do investimento. Assim, o valor esperado será de:

$$E = -1000 + 0,3*0 + 0,7*2000 = 400$$

Neste caso, o valor esperado do investimento será de R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

A limitação de responsabilidade societária se mostrou no exemplo quando se explicitou que “se a atividade for infrutífera, perder-se-á todo o capital investido, *mas somente isso*”. Agora, imagine-se o mesmo exemplo, com a ressalva que no caso de fracasso das atividades, o investidor, além de perder o capital investido, tenha seu patrimônio próprio atingido, tendo de arcar pessoalmente com contratos realizados no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). O valor esperado assim ficará:

$$E = -1000 + 0,3*(-1500) + 0,7*2000 = -50$$

¹⁰⁰ PINDYCK, Robert. RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. p.132.

Nesse caso, mesmo com a probabilidade de fracasso ser muito menor que a de sucesso e os retornos esperados serem maiores que os custos esperados, o investidor não realizaria o investimento, pois o valor esperado final é negativo.

A principal idéia econômica para limitação de responsabilidade é justamente o incentivo ao investimento, por limitar os riscos em uma atividade. E, como transposto em citação de Fábio Ulhoa Coelho mais acima, quanto maior o empreendimento, maiores os riscos.

III. 2. 2. Valor presente líquido e custo de oportunidade

O Valor Presente Líquido (VPL) é uma ferramenta da administração financeira utilizada amplamente na tomada de decisões e que apresenta relações – sendo mais sofisticada, em verdade - com o valor esperado. Contudo, o que diferencia o VPL é que existem vários períodos de retorno e uma taxa de juros do capital. Assim, o VPL retorna todos os possíveis *valores esperados* futuros ao período inicial (período 0), descontados de uma taxa de juros de aplicação do capital. Se o resultado *final* for positivo, a princípio, o investimento é plausível ¹⁰¹ - isso porque, pela inflação e pelo custo de oportunidade do capital, o retorno esperado de R\$ 1,00 (um real) em um dado período no futuro, por mais que positivo, pode ser prejuízo, se considerado no valor presente.

Dessa breve conceituação retira-se que o que é importante com a limitação de responsabilidade. Se sobre o valor esperado, a limitação de responsabilidade já exerce grande influência, sobre o VPL, ainda mais. Existe um custo de oportunidade do capital. Ao invés de utilizar seu capital em uma empresa que corre riscos, poder-se-ia utilizá-lo na já referida caderneta de poupança ou títulos da dívida pública, com risco quase nulo, com uma taxa de remuneração (juros) fixa. A taxa pode ser vista, também, como o custo do capital de terceiros, para investimento na empresa, tópico que será visto em separado mais adiante.

Baseado nas idéias de Keynes, MANKIW expõe que

¹⁰¹ ROSS, Stephen. WESTERFIELD, Randolph. JAFFE, Jeffrey. **Administração Financeira – Corporate Finance**. p. 75.

a quantidade demandada de bens de investimento depende da taxa de juros, que mede o custo dos recursos utilizados para financiar o investimento. Para que um projeto de investimento seja lucrativo, o seu retorno (...) deve superar o custo [de produção, circulação e de oportunidade] (...) ¹⁰².

Pois, para compensar o risco do investimento em uma empresa, a taxa de retorno da atividade deve ser superior a uma taxa livre de risco (renda fixa) e, como se sabe, no Brasil os títulos da dívida pública (títulos seguros, praticamente livres de risco) são em grande parte fixados pela taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), uma das mais altas do mundo ¹⁰³, o que faz com que os retornos das empresas já necessitem ser elevados, a fim de que compensem o investimento. Se, além disso, não houvesse limitação de responsabilidade societária, os investimentos seriam ainda mais diminutos.

III. 3. Custo do capital próprio e de terceiros para uma empresa

Neste breve trecho do trabalho, tentar-se-á explicar que a captação de capital de terceiros (empréstimos) tem um limite para a saúde contábil e financeira de uma empresa. A alternativa seria a captação de recursos próprios do quadro societário. Conforme será visto em outro capítulo, a responsabilização ilimitada desestimula o investimento em empresas, principalmente por investidores que já apresentam patrimônio considerável, restando às empresas somente a opção dos recursos de terceiros, via empréstimos.

Conforme delineado acima, toda empresa tem duas opções de composição e estruturação de seu capital, tanto para iniciar uma atividade quanto para ampliar ou dar continuidade em alguma que já desenvolvia: (i) recorrer ao capital dos sócios (capital próprio, através de alterações no capital social da sociedade) ou (ii) capital de terceiros (empréstimos).

¹⁰² MANKIW, N. Gregory. **Macroeconomia**. p. 45.

¹⁰³ A constatação pode ser observada através da evolução da Taxa SELIC, disponível no site do Banco Central. A taxa nunca foi menor que 8,65% ao ano e já chegou a 45% ao ano em 1999, tornando quaisquer investimentos produtivos inviáveis. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/?COPOMJUROS>>, acesso em 20/01/2011.

É importante notar que uma empresa recorre a diversas fontes de financiamento para implementar seus programas de investimento. Elas podem ser classificadas da seguinte maneira:

1. Reversão dos lucros retidos (autofinanciamento)
2. Emissão de ações (captação de recurso dos acionistas)
3. Emissão de títulos financeiros (mecanismo de financiamento direto)
4. Empréstimos bancários (mecanismos de financiamento indireto).¹⁰⁴

As duas primeiras opções são relativas ao capital próprio, pois o reinvestimento de lucros só pode ser feito depois de quitados os débitos. Os dois últimos são duas formas distintas de captar recursos alheios à empresa para composição de seu capital.

Pois bem. A Administração Financeira se utiliza de uma série de informações contábeis e financeiras para melhor instruir decisões. Para o estudo das relações entre capital próprio e capital de terceiros, capacidade de giro do empreendimento e qualidade do investimento, a quantidade de índices existentes tende ao infinito¹⁰⁵ : Índice de Liquidez Corrente, Índice de Liquidez Imediata, Índice de Liquidez Seca, Giro do Ativo Total, Índice de Endividamento, Índice de Cobertura de Juros, Grau de Alavancagem Operacional, Retorno Sobre Investimento, além do importantíssimo Valor Presente Líquido, visto acima.

Pormenorizar cada um desses índices seria escapar do intuito do trabalho. Contudo, os próprios autores dessa área financeira trazem as idéias mais gerais que serão expostas. É importante ressaltar que cada atividade econômica apresenta suas peculiaridades (atividades com fluxos de entrada constantes e imediatas, por exemplo, não tem problema em se utilizar de mais empréstimos, pois como as entradas são periódicas e certas, não existe problema com pagamento de juros elevados por longos períodos de tempo). Veja-se:

a relação capital de terceiros /capital próprio revela quanto a empresa possui de dívidas em relação aos recursos pertencentes aos seus acionistas. Em geral, um índice maior do que 1,0 evidencia desequilíbrio entre essas duas grandes fontes de financiamento do ativo¹⁰⁶.

Relação Capital de Terceiros/Capital Próprio: esta medida revela o nível de endividamento (dependência) da empresa em relação ao seu financiamento através de recursos próprios (...) em princípio, um resultado superior a 1

¹⁰⁴ PINTO JR, Helder Queiroz. **Estratégias de financiamento**. In: *Economia Industrial – Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. p. 470.

¹⁰⁵ ROSS, Stephen. WESTERFIELD, Randolph. JAFFE, Jeffrey. **Administração Financeira – Corporate Finance**. p. 39-51.

¹⁰⁶ BRAGA, Roberto. **Fundamentos e técnicas de Administração Financeira**. p. 155

denota excessivo grau de dependência financeira da empresa em relação aos recursos de terceiros¹⁰⁷.

Relacionando o custo do capital de terceiros com o tópico visto acima, de custo de oportunidade, assim expõe a doutrina especializada:

o capital próprio é o recurso dos acionistas, e introduz um custo de oportunidade (...) o capital próprio é considerado um investimento de risco, arcando seus provedores com todo o resultado residual da empresa. Eventual insucesso na gestão dos negócios repercute direta e negativamente sobre os rendimentos dos acionistas, não se estendendo, no entanto, sobre a remuneração dos credores (...) em verdade não há sentido em o acionista auferir uma remuneração pelo capital aplicado inferior àquela que obteria como credor da empresa¹⁰⁸.

Se os retornos da empresa para os acionistas foram inferiores daqueles retornos dados a credores, por também cederem capital a uma determinada taxa de juros, o investimento produtivo não será realizado.

Ressalve-se que existe célebre estudo em finanças, de cunho neoclássico, chamado de teorema de Modigliani-Miller, pelo qual se demonstra que, considerando dados pressupostos de expectativas racionais e eficiência de mercado, não existe diferença para a empresa se seu financiamento é realizado por capital próprio (*equity*) ou por capital de terceiros (*debt*)¹⁰⁹. Contudo, uma análise mais focada nos custos de transação e nos seus pressupostos, como a racionalidade limitada já exposta, considera ser muito importante a estrutura de capital de uma empresa, visto que existem atividades que são melhor financiadas por capital de terceiros e outras que devem ser financiadas por capital próprio¹¹⁰.

Assim, existe um determinado limite de utilização de capital de terceiros para saúde financeira de uma empresa e a limitação de responsabilidade é mais uma segurança dada ao agente econômico à realização de investimento de ampliação e não pura e mera especulação.

¹⁰⁷ MARTINS, Eliseu. **Administração Financeira**. p. 250-251

¹⁰⁸ ASSAF NETO, Alexandre. **Finanças corporativas e valor**. p. 411

¹⁰⁹ MODIGLIANI, Franco. MILLER, Merton. **The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment**. In: *The American Economic Review*, Vol. 48, No. 3 (Jun., 1958), pp. 261-297.

¹¹⁰ WILLIAMSON, Oliver. **Transaction Cost Economics**. In: _____. *The Mechanisms of Governance*. p. 81.

III. 4. Efeitos da limitação de responsabilidade societária ¹¹¹

III. 4.1. Facilidade de diversificação de investimentos

Diversificação é distribuição de recursos disponíveis em uma gama de atividades cujos resultados não estejam intimamente relacionados entre si ¹¹².

Se a aplicação de capital por um investidor for somente em uma única empresa, sua sorte ficará exclusivamente vinculada a ela: sucesso da atividade, bons retornos; fracasso da atividade, perdas totais. No caso de aposta em mais de uma empresa, questiona-se

Não seria sensato se resguardar, aplicando um pouco de dinheiro em cada uma das empresas? Ao diversificar suas aplicações, você pode obter um rendimento mais certo e, portanto, mais desejável ¹¹³.

Nesse ponto, a limitação de responsabilidade societária exerce grande importância.

A responsabilidade limitada permite a diversificação que é necessária para minimização do risco de uma determinada empresa, onde os investidores passivos são especializados em rolar os riscos, e não acompanhar a gestão ¹¹⁴.

A responsabilidade limitada facilita a gestão dos riscos pelos investidores, permitindo-lhes tirar benefício do princípio da diversificação de investimentos. Na verdade, restringindo a responsabilidade dos acionistas, a legislação possibilita a diversificação de investimentos, reduzindo os riscos assumidos pelos acionistas das companhias e incentivando os investimentos em projetos arriscados com perspectiva de rendimento positivo. (...) Em um regime de responsabilidade ilimitada, os investidores prudentes evitam fazer pequenos investimentos, dado o elevado risco a que expõem esses investimentos. Eles farão mais investimentos substanciais em um pequeno número de empresas, para justificar os riscos assumidos ¹¹⁵.

¹¹¹ Os três efeitos são utilizados tanto em MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. p. 486-490, quanto em CARNEY, William J. **Limited Liability**. In: *Encyclopedia of Law and Economics*. p. 669-671.

¹¹² PINDYCK, Robert. RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. p.141.

¹¹³ VARIAN, Hal. **Microeconomia**. p. 240.

¹¹⁴ CARNEY, William J. **Limited Liability**. In: *Encyclopedia of Law and Economics*. p. 670.

¹¹⁵ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. p. 486-487.

Na visão de HICKS, sem a limitação de responsabilidade, todas as atividades começariam pequenas, visto que pessoas somente investiriam seu próprio dinheiro em poucas empresas, nas quais pudessem exercer controle, pois o risco seria muito elevado para sócios meramente investidores. Assim, a fonte de investimento seria basicamente o capital próprio e os empréstimos que pudessem ser garantidos por esse capital próprio. Se assim fosse, somente o setor público poderia realizar investimentos maciços. Em suma, HICKS viu a limitação de responsabilidade societária como um meio de permitir que empresários pudessem controlar mais dinheiro do que o capital que eles mesmos possuísem ¹¹⁶.

Resta clara a função da limitação de responsabilidade para a facilitação da diversificação. Num regime de responsabilidade ilimitada, o patrimônio do sócio ficaria desprotegido tantas vezes quanto fossem as empresas nas quais ele tivesse participação. Isso levaria a uma concentração de capital em uma atividade única, desestimulando mesmo os pequenos investimentos e as empresas de origem familiar.

Além disso, a não-limitação de responsabilidade pode ser considerada como um risco legal e sistemático, como visto anteriormente. Ocorre que somente os riscos não sistemáticos podem ser reduzidos mediante diversificação, nada podendo ser feito sobre os riscos sistemáticos (muitas vezes chamados de não-diversificáveis) ¹¹⁷.

III.4.2. Liquidez de investimentos

Primeiramente, para tornar compreensível a matéria a ser abordada no presente tópico, cabe uma conceituação das ferramentas que serão utilizadas.

Liquidez de uma ação pode ser entendida como a facilidade de se adquirir ou vender o papel no mercado. São as ações mais negociadas no mercado. “Dar liquidez” a uma ação significa ter sempre alguém disposto a negociar (comprar ou vender) o papel ¹¹⁸.

¹¹⁶ HICKS, John. **Limited Liability: the pros and cons**. In: *Limited Liability and the corporation*. p. 11-12.

¹¹⁷ ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. p. 228-229 e 248.

¹¹⁸ ASSAF NETO. **Ob. cit.** p. 170.

São dois os principais fatores que determinam o preço e a liquidez, componentes do *valor*, de uma dada ação de empresa: expectativa de retornos futuros e expectativa de valorização ¹¹⁹.

No entanto, em uma sociedade de responsabilidade ilimitada, o preço e a liquidez das ações não são determinados somente por esses caracteres. O valor da ação é também determinado pela condição financeira dos acionistas que as detêm ¹²⁰. Explica-se:

Em determinada sociedade sem limitação de responsabilidade, todos os sócios respondem solidariamente pelas dívidas sociais. Dessa forma, um agente que pretenda adentrar os quadros sociais de determinada sociedade, e que tenha melhores condições financeiras que o restante dos sócios, será desestimulado a realizar tal investimento, pois sua responsabilidade material seria maior que a dos outros sócios ¹²¹.

Relacionando o presente tópico com o anterior, assim expõe CARNEY:

Sob a responsabilidade solidária, os investidores ricos seriam os primeiros alvos dos credores de empresa em caso de falha e, portanto, seriam forçados a renunciar aos benefícios da diversificação, a fim de concentrar os seus investimentos, que lhes permitam controlar a atividade de maneira eficaz ¹²².

Assim, um agente só adquiriria ações de sociedades nas quais o nível de renda dos outros sócios seja semelhante à sua própria renda; em outras palavras, o valor da ação de uma empresa é determinado, também, pela riqueza dos outros acionistas.

Essa constatação é importante, pois traz consigo outra consequência. Como em um regime de responsabilidade ilimitada os agentes só serão atraídos por empresas cujos sócios tenham as mesmas condições financeiras que o próprio agente, conseguir as informações necessárias antes de decidir pela realização do investimento se torna um grande custo de transação, ainda mais se a empresa em questão tiver um tamanho razoável. Esses custos, somados ao fato de que os agentes só realizariam o investimento se o retorno fosse superior ao custo e risco, tornam as ações menos líquidas, diminuindo o número de transações no mercado.

¹¹⁹ ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. p. 170 e 217.

¹²⁰ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. p. 487-488.

¹²¹ EASTERBROOK, Frank. FISHEL, Daniel. **The economic structure of corporate law**. p. 42.

¹²² CARNEY, William J. **Limited Liability**. In: *Encyclopedia of Law and Economics*.p. 670.

A regra da responsabilidade solidária forçaria os acionistas a controlar não apenas as atividades da empresa, mas também a riqueza dos co-proprietários, o que acarreta em custos de vigilância excessivos. O resultado seria o aumento dos custos e retornos mais baixos para o capital próprio [*equity*], o que limitaria o fornecimento de capital para a indústria ¹²³.

Os custos de transação resultantes de um regime de responsabilidade ilimitada diminuiriam o número de transações realizadas no mercado de ações. (...) Em consequência, aumentaria o custo do capital próprio, já que os investidores exigiriam um prêmio [retornos mais elevados] para manter esses títulos menos líquidos ¹²⁴.

Repise-se, caso não houvesse limitação de responsabilidade, a liquidez diminuiria e o valor das ações seria também determinado pela condição dos outros acionistas. Assim, as ações da mesma sociedade não seriam homogêneas, não podendo ser reguladas pelos mecanismos de preço de mercado (oferta, procura e retorno) ¹²⁵.

Na contramão do que anteriormente visto, há um estudo publicado em forma de artigo, com os devidos referenciais estatísticos, que, analisando os bancos existentes no Reino Unido durante o século XIX, aponta não haver diferença estatística significativa entre a liquidez e o número de transações de ações de bancos com ou sem limitação de responsabilidade societária, visto que existiam outros mecanismos de proteção de acionistas nas sociedades de responsabilidade ilimitada (como a responsabilidade solidária após a venda de ações por um acionista dentro de um determinado período de tempo); sendo assim, futuras pesquisas deveriam analisar outros motivos pelos quais a limitação de responsabilidade é a regra nas corporações hodiernas, visto que a limitação de responsabilidade não aparentaria ser tão absoluta ¹²⁶.

O estudo supra apresenta alguns problemas, como o fato de considerar a mesma estrutura política e econômica entre o século XIX e o atual. Além disso, o que se encontrou foi uma insignificância estatística entre diferentes médias de liquidez e não uma prova irrefutável de que a responsabilidade limitada não tem efeito na liquidez das ações. Tanto é assim que outros dois estudos, utilizando

¹²³ CARNEY, William J. **Limited Liability**. In: *Encyclopedia of Law and Economics*. p. 671.

¹²⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. p. 489.

¹²⁵ EASTERBROOK, Frank. FISHEL, Daniel. **The economic structure of corporate law**. p. 43.

¹²⁶ ACHESON, Graeme. HICKSON, Charles. TURNER, John. **Does limited liability matter? Evidence from Nineteenth-Century British Banking**. In: *Review of Law & Economics*. : Vol. 6 (2010): Iss. 2, Art. 6. p. 253-270.

dados semelhantes sobre bancos escoceses durante o mesmo período de tempo da pesquisa acima, apontam para a relevância da limitação de responsabilidade societária, tanto para o tamanho do banco, quanto para a liquidez das ações ¹²⁷. Dessa forma, não há como não se considerar a relevância da limitação como instrumento para aumento de liquidez de ações.

III.4.3. Diminuição dos custos de vigilância

Uma tendência encontrada nas empresas de hoje é a separação entre propriedade e controle, através da pulverização do capital, sendo esse o principal problema de estudo da governança corporativa ¹²⁸.

Com isso, surge um novo problema: o conflito de interesse entre os diretores/administradores e os acionistas ¹²⁹, que é uma questão estudada tanto no Direito quanto na Economia.

Os custos de resolução de conflitos de interesse entre administradores e acionistas são tipos especiais dos chamados *custos de agency*. Esses custos são definidos como a soma de (1) custos de monitoramento pelos acionistas e (2) custos de implantação de mecanismos de controle ¹³⁰.

A constatação da ocorrência desses custos, uma vez que os gestores trabalham com dinheiro de outras pessoas, e não com o seu próprio, já havia sido percebida rudimentarmente em 1776 por SMITH, no clássico *Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações* (popularmente conhecida como *A Riqueza das Nações*):

Entretanto, sendo que os diretores de tais companhias administram mais do dinheiro de outros do que o próprio, não é de esperar que dele cuidem com a mesma irrequieta vigilância com a qual os sócios de uma associação privada freqüentemente cuidam do seu. Como os administradores de um homem rico, eles têm propensão a considerar que não seria honroso para o patrão atender a pequenos detalhes, e com muitas facilidade dispensam esses pequenos cuidados. Por conseguinte, prevalecem sempre e

¹²⁷ Ambos estudos constam em CARNEY, William J. **Limited Liability**. In: *Encyclopedia of Law and Economics*. p. 671.

¹²⁸ MARNET, Oliver. **Behaviour and Rationality in Corporate Governance**. p. 2.

¹²⁹ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. p. 489.

¹³⁰ ROSS, Stephen. WESTERFIELD, Randolph. JAFFE, Jeffrey. **Administração Financeira – Corporate Finance**. p. 34.

necessariamente a negligência e o esbanjamento, em grau maior ou menor, na administração dos negócios de uma companhia ¹³¹.

A teoria da agência clássica foi desenvolvida por Adolf Berle e Gardiner Means em 1932, sob título *The Modern Corporation and Private Property*. Esses autores observaram que a propriedade e o controle de grandes companhias por muitas vezes era separados e buscaram analisar se isso trazia alguma consequência para a administração das companhias ¹³².

Nesse ponto, a limitação de responsabilidade societária tem outro atrativo importantíssimo: proteger os acionistas de decisões gerenciais contrárias dos administradores. Como expõe MACKAAY e ROUSSEAU:

Não há dúvida de que o problema dos conflitos de interesses entre os gestores e os acionistas não é exclusivo de um regime de responsabilidade ilimitada. No entanto, o princípio da responsabilidade limitada tem o efeito de redução dos custos de monitoramento gestores assumido pelos acionistas. (...) A diversificação das carteiras de investimento permite aos acionistas escolher um nível de vigilância que corresponde ao nível de risco que representa a sua contribuição em uma empresa em particular ¹³³.

A doutrina nacional adota o mesmo posicionamento. WARDE JÚNIOR aponta, inclusive, que a limitação de responsabilidade tem como uma das principais razões a diminuição desses custos de *agency* e de monitoramento ¹³⁴.

As evidências apontam que a responsabilidade ilimitada leva à concentração da tomada de decisões (pelos caracteres já explicitados) e necessita também de maiores custos para implementação de sistemas que tornem a informação mais completa, para segurança dos acionistas ¹³⁵, sendo mais um componente dos custos de transação para uma sociedade.

¹³¹ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. V. II. p. 214.

¹³² WILLIAMSON, Oliver. **Corporate Finance and Corporate Governance**. In: _____. *The Mechanisms of Governance*. p. 172.

¹³³ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. p. 489.

¹³⁴ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. p. 156.

¹³⁵ COUWENBERG, Oscar. **Corporate Architecture and Limited Liability**. In: *Review of Law & Economics*.: Vol. 4 (2008): Iss. 2, Art. 4. p. 622-626.

IV. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

IV.1. Contextualização e explicação do problema

O instituto da personalidade jurídica, e a conseqüente limitação de responsabilidade societária, apresenta também seus pontos negativos. Não sem embargo de alguma divergência, conforme apontado no transcorrer do texto, a total separação e independência patrimonial é um dos efeitos decorrentes da atribuição de personalidade jurídica à sociedade e esse efeito pode ser utilizado para fraudes, atos ilícitos, abusos ou para outros fins escusos ¹³⁶. Nesses casos, o que se deve fazer? Seria a limitação de responsabilidade societária um valor absoluto? Surgiu, assim, no direito anglo-saxão a *Disregard Doctrine*, chamada no meio jurídico pátrio de desconconsideração da personalidade jurídica, que significa não considerar os efeitos da personificação da sociedade e responsabilizar pessoalmente os sócios em determinados casos específicos ¹³⁷.

O tema já foi amplamente debatido e objeto de estudo de consideráveis autores, muitos deles extremamente renomados, não sendo o foco principal do presente trabalho. A intenção ao trazer esse breve capítulo sobre a desconconsideração da personalidade jurídica é a de observar o (mau) tratamento dado ao instituto na prática jurídica brasileira.

O primeiro trabalho sistemático sobre a desconconsideração da personalidade jurídica de que se tem notícia no Brasil foi uma conferência proferida por REQUIÃO na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e que, posteriormente, foi publicada na forma de artigo ¹³⁸, que apontava o tratamento dado em outros países sobre a matéria e também indicava uma crise no instituto da personificação das sociedades.

Após essa publicação, houve considerável avanço no estudo do tema.

¹³⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. p. 302.

¹³⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, V.I. p. 391-392.

¹³⁸ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica** (*Disregard Doctrine*). In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: ano 58, v.410, dezembro de 1969, p. 12-24.

Em 1979, o professor OLIVEIRA publicou obra até hoje muito lida e estudada sobre a crise da personalidade jurídica no ordenamento ¹³⁹.

Além desse viés focado na personalidade jurídica, mesmo quem estuda a análise econômica do direito sabe das complicações da limitação de responsabilidade societária. Conforme explicitado anteriormente, um dos efeitos da limitação é, justamente, exteriorizar os custos da atividade econômica com terceiros, dividindo e diversificando o risco. Existe, assim, um custo social na implementação da responsabilidade limitada, o que leva muitos estudiosos a repudiarem esse instituto também pela lógica econômica ¹⁴⁰.

Passar-se-á, então, e primeiramente, à análise mais tradicional da crise da personalidade jurídica e seus motivos de desconsideração. Após, analisar-se-á a crítica da análise econômica ao próprio conceito da limitação de responsabilidade, para, ao final, poder-se tirar conclusões das constatações dessas vertentes.

IV.2. A dita crise e a desconsideração da personalidade jurídica

JUSTEN FILHO aponta, primeiramente, que todas as teorias sobre a atribuição de personalidade jurídica apresentam falhas por tentarem ser absoluto, o que não corresponde à realidade, visto que todas apresentam caracteres válidos e devem ser analisadas dentro de um contexto histórico e político; dessa forma, a personalidade jurídica seria um conceito relativo e histórico e, além disso, a desconsideração da personalidade jurídica continuaria a existir, seja qual for a teoria adotada ¹⁴¹.

Em curto e denso resumo das idéias de Lamartine Corrêa de Oliveira, no livro *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, a crise da personalidade jurídica ocorre por dois enfoques: (i) o primeiro se dá na medida em que vários agrupamentos humanos tinham negada a condição de pessoa jurídica (mesmo que recebessem tratamento semelhante ou igual, como é o caso do espólio, do condomínio, dentre outros). Essa crise é a chamada *crise orgânica* da pessoa jurídica. (ii) E, em segundo lugar,

¹³⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

¹⁴⁰ Conforme explicitado em WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. p. 149.

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. p. 30-36 e p. 58.

haveria a utilização da pessoa jurídica para fins avessos ao direito, caracterizados pelo abuso e uso desnaturado da pessoa jurídica, configurando a *crise funcional* da pessoa jurídica, na medida em que as funções do instituto são utilizadas em arrepio aos valores da ordem jurídica.

Nas palavras de MORAES,

Mas, como a mente humana é extremamente engenhosa, e, muitas vezes voltada para o mal; aproveitam da personificação societária para mascararem uma situação indesejável pelo Direito, uma conduta contrária aos bons costumes, que ferem o princípio da boa-fé. (...) é fácil ocorrer um desvio de função da pessoa jurídica, ou seja, em certas situações, o reconhecimento da autonomia da pessoa jurídica poderia levar à negação de ideais de justiça, bem como à frustração de valores jurídicos ¹⁴².

AMARAL indica que essa crise não é do conceito de pessoa jurídica, nem da categoria, mas sim de abusos formais ocasionados por seus efeitos ¹⁴³. De fato, REQUIÃO já apontava que a desconsideração não visava afetar o conceito de pessoa jurídica – por mais que, em menor grau, o fizesse -, mas tão somente afastar concretamente o uso ilegítimo da personificação, tornando-a ineficaz pontualmente ¹⁴⁴. O *disregard* seria, em princípio, um aperfeiçoamento da personificação da empresa e não uma negativa de sua vigência.

Além disso, é preciso, ainda, diferenciar a imputação de atos jurídicos e a desconsideração da personalidade jurídica. Enquanto a primeira ocorre em situações nas quais se atribui a prática de determinado ato ilícito a quem tenha responsabilidade solidária com a sociedade, a desconsideração se dá quando fosse caso de responsabilidade subsidiária e por débito alheio ¹⁴⁵.

Em posição diversa e de modo interessante e inovador, WARDE JÚNIOR, observando certa independência da limitação de responsabilidade e da personalidade jurídica (conforme também demonstrado no presente trabalho), não vê a problemática da desconsideração como sendo decorrente da crise da personalidade jurídica, mas sim de uma crise da própria limitação de responsabilidade, apontando três principais razões econômicas para tanto: (i) a nova

¹⁴² MORAES, Márcio André Medeiros. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. p. 57.

¹⁴³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. p. 303.

¹⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica** (Disregard Doctrine). In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: ano 58, v.410, dezembro de 1969, p. 17.

¹⁴⁵ SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais**. p. 91.

visão econômica da concorrência, (ii) a configuração de um regime de sócios que não afetasse os direitos de crédito e (iii) os custos sociais não compensáveis impostos pela limitação ¹⁴⁶.

Nessa visão, calcada em premissas da análise econômica do direito, primeiramente, os mercados não são concorrencialmente perfeitos. Os produtos não são homogêneos e, ao incentivar a entrada de novos agentes por meio da limitação de responsabilidade, não se está incentivando a efetiva concorrência, mas sim só a ampliação em número de produtos distintos, gerando a chamada concorrência monopolística, em que cada produtor é monopolista de seu próprio produto ¹⁴⁷. Assim, a limitação de responsabilidade não teria o efeito prático preconizado pelos economistas clássicos.

O segundo motivo é que a limitação exacerbou atividades de risco e levou ao não cumprimento de muitas obrigações por parte das empresas, mostrando uma certa desvirtuação do instituto em desprestígio do crédito ¹⁴⁸. Contudo, parece que essa razão em especial não difere das razões tidas como tradicionais da crise do conceito de pessoa jurídica.

Por fim, o autor ainda aponta para os custos sociais da limitação de responsabilidade como mote de crise da limitação em si. Segundo as primeiras análises do *Law and Economics*, a externalização dos custos seria barganhada entre as partes (credor e sociedade) e corresponderia ao risco representado pelos juros do capital dos credores. Nesse caso, a externalização seria compensada. Contudo, o empirismo mostrou que a limitação acaba por impor custos sociais a pessoas que sequer participam da relação.

Isso ocorre por uma série de motivos: não são todas as partes que possuem as mesmas informações sobre custos, riscos. É o caso clássico da falha de mercado por informação assimétrica. Outro problema é que nem todas as partes têm o mesmo poder de barganha; por vezes, o risco do credor é maior do que a compensação que ele recebe por falta de poder de barganha. Nessa senda, os

¹⁴⁶ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. p. 165 e 187.

¹⁴⁷ WARDE JÚNIOR. **Ob. cit.** p. 166-172.

¹⁴⁸ WARDE JÚNIOR. **Ob. cit.** p. 172-173.

bancos basicamente impõem taxas de juros padrão, independentemente da natureza e características de cada negócio ¹⁴⁹.

Seja qual for a posição adotada, se a crise é da pessoa jurídica ou da própria limitação de responsabilidade, uma das respostas encontradas para mitigar os efeitos ruins dessa desnaturalização dos institutos é a mesma: com gênese na jurisprudência anglo-saxônica ¹⁵⁰, o que se convencionou chamar de desconsideração da personalidade jurídica.

Muitas vezes, “a consideração da autonomia da pessoa jurídica pode importar a impossibilidade da correção da fraude ou do abuso” ¹⁵¹ e desconsiderar a personificação é a única alternativa plausível para correção do ilícito.

É notória a divisão proposta por COELHO em duas teorias da desconsideração: a Teoria Maior e a Teoria Menor. A Teoria Maior é dotada de maior consistência e abstração, e estuda de maneira generalizada quais os pressupostos para a esporádica desconsideração da personalidade jurídica. Já a Teoria Menor se preocupa com a desconsideração em toda situação em que se execute o patrimônio do sócio por obrigações sociais, ou seja, a teoria “se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e de solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica” ¹⁵².

Vejam-se, então, os pressupostos para aplicação da desconsideração e suas nuances dentro dos subsistemas jurídicos que mais interessam à análise prática da limitação de responsabilidade, quais sejam: o direito empresarial, do consumidor e trabalhista.

IV.3. Premissas de aplicação da teoria

¹⁴⁹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. p. 174-182.

¹⁵⁰ Não há consenso sobre se a teoria surgiu nos Estados Unidos ou na Inglaterra. Alguns autores, como João Casillo, apontam para a origem norte-americana, enquanto outros autores, como Requião, tratam do famoso caso inglês “Salomon x Salomon & Co.” como o primeiro a abordar a desconsideração. Sobre isso, ver MORAES, Márcio André Medeiros. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. p. 60 e 64.

¹⁵¹ SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais**. p. 101.

¹⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, V. II. p. 34.

IV.3.1. Necessidade de previsão legal

JUSTEN FILHO adverte, novamente, que como a conceituação de pessoa jurídica não é absoluta e a normatividade de cada subsistema jurídico é distinta, não há como se fazer considerações simplesmente universais sobre a desconsideração¹⁵³, mas somente dentro de dada estrutura.

Em dissertação de mestrado defendida na UFPR, com tema sobre a estrutura da limitação de responsabilidade, BARROS advoga que a análise conjunta dos art. 1º da Lei 6.404 de 1976¹⁵⁴ e art. 1.052 do Código Civil de 2002¹⁵⁵, somados ao art. 596 do Código de Processo Civil¹⁵⁶, levaria à conclusão que toda e qualquer hipótese de desconsideração deve estar prevista em lei¹⁵⁷.

Interessante observar que a obra de JUSTEN FILHO, por exemplo, é anterior à maioria dos dispositivos legais referentes à desconsideração. Independentemente disso, o livro trata do assunto sob a ótica da eficácia do instituto e em nada afeta sua atualidade. Conforme ensina COELHO,

A desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude¹⁵⁸.

Feita essa ressalva, parte-se para o exame das diferentes disciplinas da desconsideração.

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. p. 94-101.

¹⁵⁴ **Art. 1º.** A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

¹⁵⁵ **Art. 1.052.** Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

¹⁵⁶ **Art. 596.** Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

¹⁵⁷ BARROS, Eduardo Bastos de. **Limitação de responsabilidade no direito societário brasileiro: origem, função e estrutura normativa**. p. 105-106. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17940/texto%20final.pdf?sequence=1>>, acesso em 14/08/2011.

¹⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, V. II. p. 36.

IV.3.2. A desconsideração e o art. 50 do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 trouxe dispositivo que visa balizar todas as relações privadas no tocante à desconsideração da personalidade jurídica. Veja-se:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Alguns autores aprovaram essa introdução no sistema jurídico brasileiro; viram-na como uma vitória e a como forma de ingresso de um instituto delineado por estudiosos com base na atuação dos tribunais ¹⁵⁹. Para GRINOVER, foi a consagração do que a doutrina e a jurisprudência já haviam apontado sobre o assunto ¹⁶⁰.

Já outros doutrinadores, por mais que tenham apreciado a intenção, observaram questões adjacentes:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal. Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se reportam ao tema (Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste ou Código de Defesa do Consumidor), está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor. Por outro lado, nas situações abrangidas pelo art. 50 do CC/2002 e pelos dispositivos que fazem referência à desconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação maior da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais ¹⁶¹.

Contudo, o tratamento dado ao instituto não é uníssono. O art. 50 do Código Civil chega a ser rechaçado no âmbito do Direito do Trabalho, por exemplo. Observe-se, pois, o tratamento conferido por outros sistemas baseados na hipossuficiência de uma das partes.

¹⁵⁹ SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais**. p. 146.

¹⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da desconsideração da pessoa jurídica - aspectos de direito material e processual**. p. 57. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27696/desconsideracao_pessoa_juridica_aspectos.pdf?sequence=1>, acesso em 14/08/2011.

¹⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, V. II. p. 53.

IV.3.3. A desconsideração no Direito do Consumidor

Já é consolidado na doutrina pátria que o diploma legislativo precursor quando se trata da desconsideração da personalidade jurídica foi o Código de Defesa do Consumidor ¹⁶², em respeito aos princípios diretores desse ramo do direito, como o da vulnerabilidade do consumidor e da igualdade de fato.

Assim dispõe referido Código:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados pela má administração.

§ 1º. Vetado.

§ 2º. As sociedades integrantes dos grupos societários e sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Ao analisar o *caput* do art. 28, a doutrina calcada nas bases consumeristas destaca, de modo enfático e rígido, que:

Há uma tendência cada vez mais acentuada, em nosso direito, de desfazer o mito da intangibilidade da pessoa jurídica, tanto que há um alargamento das hipóteses de incidência da desconsideração da personalidade jurídica, não se restringindo aos pressupostos tradicionais de fraude à lei ou abuso de direito ¹⁶³.

Em outras palavras, é a expansão dos significantes constantes no art. 50 do Código Civil de 2002. Na hipótese não mais se limita ao abuso de direito, mas a uma série de outras hipóteses que, antes de tudo, não se configuram como caso de desconsideração, mas sim de responsabilização direta, como é o caso da má-

¹⁶² Por todos, BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 151.

¹⁶³ MORAES, Márcio André Medeiros. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. p. 129.

administração, falência e violação a estatutos sociais, mostrando o equívoco na redação do artigo supra ¹⁶⁴.

O § 1º, que tratava uma questão de legitimidade passiva do acionista controlador e os administradores foi vetado.

No § 2º, trata-se da desconsideração de grupos de empresas. A jurisprudência tem aplicado, nesses casos, a desconsideração quando não se encontram bens na empresa executada, atingindo as outras empresas do grupo para ressarcimento dos consumidores ¹⁶⁵. Ressalte-se que, nesses casos, aplica-se a Teoria Menor ¹⁶⁶.

Os §§ 3º e 4º são um tanto mais literais e sua aplicação é mais clara e direta, sem maiores meandros para cabimento dentro do sistema.

O §5º é o eleito pela doutrina como o mais complicado e ambíguo ¹⁶⁷. O parágrafo, realmente, permite uma incidência muito mais ampla que as condições impostas pelo art. 50 do Código Civil, bem como do *caput* do próprio art. 28. Muito se discute sobre a literalidade ou não do referido dispositivo. MORAES defende a literalidade, já que “o texto pretendeu realmente aplicar a *Disregard* para remover o obstáculo ao ressarcimento de prejuízo causado ao consumidor para, ao final, ressarcir-lo” ¹⁶⁸, sendo de aplicabilidade imediata e total esse parágrafo.

Aqueles mais versados em Direito Comercial, não vêem uma interpretação literal do parágrafo como algo sustentável dentro do sistema jurídico. Em sua já citada dissertação de mestrado, BARROS defende de maneira coesa essa visão, *in verbis* :

Essa interpretação meramente literal não pode prevalecer. Em primeiro lugar, porque contraria os próprios fundamentos teóricos que informaram a criação da desconsideração. A autonomia patrimonial somente pode ser desprezada para a coibição de abuso de direito ou de situação cujos efeitos, por graves, justifiquem o afastamento da distinção patrimonial. (...) E, em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do

¹⁶⁴ BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 151.

¹⁶⁵ MORAES, Márcio André Medeiros. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. p. 167.

¹⁶⁶ TJPR – 17ª Câmara Cível - AI 0714186-8 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Fabian Schweitzer - Unânime - J. 16.03.2011

¹⁶⁷ Problema elencado como principal por todos os autores citados no presente trabalho que trataram do assunto, sem exceção. E.g., BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. p. 151.

¹⁶⁸ MORAES. **Ob. cit.** p. 177. Grifos no original.

mesmo artigo 28 do CDC, que circunscreve outras hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica ¹⁶⁹.

Vê-se, assim, o tratamento que o CDC confere à desconsideração da personalidade jurídica. Um tópico separado será utilizado somente para discussão e crítica dessa discrepância entre o Direito do Consumidor e Comercial. O mesmo ocorrerá com o próximo sub-tópico, que versará sobre a *disregard* no Direito do Trabalho.

IV.3.4. A desconsideração no Direito do Trabalho

Deixou-se o Direito do Trabalho por último nessa análise pela polêmica e diferença de tratamento dado à desconsideração entre esse subsistema e todo o restante do ordenamento.

O dispositivo que positiva a hipótese de desconsideração é o art. 2º, § 2º da CLT, que assim reza:

Art. 2º. Considera-se empregador, a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

(...).

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Observe-se, primeiramente, que antes de desconsideração da personalidade jurídica, trata-se de caso de responsabilidade solidária de todos aqueles que tenham alguma ligação com a atividade empregatícia ¹⁷⁰.

Considerações feitas, tem-se como pressuposto para essa desconsideração a existência de um grupo societário com controle comum ^{171 172}. JUSTEN FILHO

¹⁶⁹ BARROS, Eduardo Bastos de. **Limitação de responsabilidade no direito societário brasileiro: origem, função e estrutura normativa.** p. 140. Disponível em < <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17940/texto%20final.pdf?sequence=1>>, acesso em 14/08/2011.

¹⁷⁰ SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais.** p. 136.

expõe que a admissibilidade e extensão da desconsideração nunca chegaram a se colocar como problema no Direito do Trabalho e que o empregado se vincula à empresa, sempre, e não ao empregador; em outras palavras, o empregador é sempre uma *pessoa física* e existe uma vinculação indireta do empregado com toda a estrutura empresarial ¹⁷³. A base disso seria justamente a hipossuficiência e a defesa dos interesses do trabalhador ¹⁷⁴.

Quanto à necessidade de abuso, JUSTEN FILHO prega que mesmo nesse ambiente de proteção aos direitos do trabalhador, o abuso é requisito. Enquanto não existe um risco de sacrifício, a personificação é plenamente eficaz ¹⁷⁵.

Por outro lado, como explica WALDRAFF, por mais que o abuso precise ser caracterizado, sua extensão é facilmente verificável, remetendo, inclusive, a outros dois dispositivos da CLT ¹⁷⁶ que invocam que a estrutura da empresa não afetará os direitos do empregado. Veja-se:

O ponto que nos interessa sublinhar é que a desconsideração da pessoa jurídica não é procedimento que demande qualquer problema sério ou exercício justificador tão intenso para o Direito do Trabalho pátrio. (...) A afirmação fundamental é que, em vista de todos os textos celetários acima referidos e pela sistemática adotada de se personificar a empresa, a desconsideração pode ser reivindicada pelo Direito do Trabalho sem qualquer requisito prévio que não seja a pura e simples não satisfação dos direitos trabalhistas dos empregados ¹⁷⁷.

Não obstante, a *disregard* não é aplicada tão somente nos casos previstos no dispositivo acima colacionado.

¹⁷¹ BARROS, Eduardo Bastos de. **Limitação de responsabilidade no direito societário brasileiro: origem, função e estrutura normativa.** p. 122. Disponível em < <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/17940/texto%20final.pdf?sequence=1>>, acesso em 14/08/2011.

¹⁷² Vigorou no país durante certo período de tempo o Enunciado 205 do TST que previa que “o responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução”. Esse enunciado é flagrantemente contrário à disciplina dada pela CLT, razão pela qual referido Enunciado foi cancelado em 2003.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro.** p. 102-103.

¹⁷⁴ SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais.** p. 135.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO. **Ob. cit.** p. 106.

¹⁷⁶ **Art. 10.** Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

¹⁷⁷ WALDRAFF, Célio Horst. **A empresa como sujeito de direito e a incompatibilidade do art. 50 do Novo Código Civil com o Direito do Trabalho.** p. 06.

Para WALDRAFF, não há que se pensar sequer na aplicação do Código Civil no Direito do Trabalho, a uma porque a CLT já tem previsão específica da incidência da desconsideração, que se dá de maneira automática, ao contrário do que prevê o art. 50 do Código, que apresenta requisitos mais estreitos, e também porque o “Direito Comum” só se aplicaria ao Direito do Trabalho subsidiariamente e estaria sujeito ao trinômio “omissão-compatibilidade-favorecimento” que rege essa complementação¹⁷⁸.

Assim, o abuso da pessoa jurídica acaba sendo de certa forma relativizado¹⁷⁹, na medida em que a não satisfação de uma obrigação não necessariamente significa abuso. Pode ser decorrência de dificuldades financeiras, como incerteza e crise, pormenorizados no decorrer desse trabalho.

IV.4. Funcionalização do Direito, desconsideração da personalidade jurídica e ruptura do sistema

Vistos os pressupostos para desconsideração em outros subsistemas jurídicos, cabe a análise de se isso é, de fato, justificável ou eficiente, tanto juridicamente, quanto de um ponto de vista econômico.

O fundamento inicial para permitir esse tratamento diferenciado, seriam os distintos princípios reitores do Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho. Em ambos os subsistemas, autores advogam a não-aplicabilidade das regras e conceitos de Direito Civil e Comercial, já que existiria uma desigualdade entre as partes nessas relações no âmbito consumerista e trabalhista¹⁸⁰ e a Constituição Federal garantiria igualdade entre as partes e a dignidade da pessoa humana. Com base nisso, a imputação de responsabilidade aos sócios decorre de juízos ético-econômicos dos legisladores e magistrados, ao considerar a limitação de

¹⁷⁸ WALDRAFF, Célio Horst. **A empresa como sujeito de direito e a incompatibilidade do art. 50 do Novo Código Civil com o Direito do Trabalho**. p. 01 e 07.

¹⁷⁹ Vejam-se decisões do TST: BRASIL. 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 168000-20.2009.5.21.0007. Relatora Ministra: Dora Maria da Costa. Unânime. Data de Julgamento: 17/08/2011. Data de Publicação: 19/08/2011. Acesso em 19/08/2011. BRASIL. 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 4300-77.2010.5.02.0000. Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva. Unânime. Data de Julgamento: 10/08/2011. Data de Publicação: 19/08/2011. Acesso em 19/08/2011.

¹⁸⁰ Quanto ao Direito do Trabalho, reporte-se à citação logo acima. Quanto ao Direito do Consumidor, ver MORAES, Márcio André Medeiros. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. p. 191.

responsabilidade menos “importante” que os direitos trabalhistas e do consumidor¹⁸¹.

De fato,

A dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (...) ¹⁸².

Contudo, pela Magna Carta, a livre iniciativa também é um dos fundamentos da República ¹⁸³ e o desenvolvimento nacional, um de seus objetivos ¹⁸⁴. É justamente aqui que a limitação de responsabilidade se insere.

Tentou-se demonstrar no transcorrer da presente monografia a importância da limitação de responsabilidade como fomentadora de investimentos, redutora de riscos e geradora de empregos. Sem a limitação de responsabilidade para incentivar investimentos produtivos, as pessoas seriam muito mais avessas a riscos e haveria maior especulação do que produção. A limitação mitiga essas consequências ¹⁸⁵.

Economicamente, KEYNES estudou a relação entre expectativas, investimento e emprego. Em capítulo intitulado “A expectativa como elemento determinante do produto e do emprego”, o autor inglês assim inicia sua exposição: “Toda produção se destina, em última análise, a satisfazer o consumidor” ¹⁸⁶. A limitação, ao incentivar o que o autor chama de *espírito animal*, serviria para aumento do investimento, do emprego e do produto final. Em linguagem pedestre, por mais que o intuito da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Consumidor e do Trabalho seja a proteção da parte tida como desfavorecida, o tratamento dado por esses subsistemas é, na realidade, um tiro no pé.

Muitas vezes, ao se tratar de institutos somente com base nas idéias de “função social” e “dignidade da pessoa humana”, esquece-se de todos os outros valores do ordenamento e acaba-se esvaziando o significado dos dois primeiros

¹⁸¹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. p. 289 e 295.

¹⁸² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 175. Grifos no original.

¹⁸³ Art. 1º, IV, da Constituição Federal.

¹⁸⁴ Art. 3º, II, da Constituição Federal.

¹⁸⁵ MARTINS, Irena Carneiro. **A Limitação da Responsabilidade Moderna e Contemporaneamente**. In: Revista de Direito Empresarial. p. 201.

¹⁸⁶ KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. p. 53.

princípios citados, verdadeiras pedras angulares do sistema jurídico pátrio ¹⁸⁷. Nas palavras de TIMM,

o contrato deixou de ser uma promessa bilateral entre as partes com conteúdo econômico para se tornar o espaço da justiça social e da dignidade humana. A empresa deixou de ser o fator de organização dos fatores de produção para geração de eficiência e de riqueza para se tornar o locus de geração de emprego e de proteção ao meio ambiente ¹⁸⁸.

No caso da desconsideração, é imperativa a lição de GRINOVER sobre sua aplicabilidade:

Mas se é certo, como já acenado, que a desconsideração da personalidade jurídica é expediente que se justifica essencialmente pelo combate à conduta fraudulenta e abusiva, é justamente essa mesma circunstância que imprime ao instituto um caráter excepcional: embora a patologia justifique o emprego do remédio, a patologia ainda tem caráter de exceção e não se presume. Do correto emprego do instituto depende sua própria valorização, de tal sorte que o uso indiscriminado da teoria e das normas jurídicas que a positivaram poderia produzir efeito muito diverso do que o sistema pretende ¹⁸⁹.

Não obstante, em casos extremos, chega-se a, por exemplo, incluir sócios no pólo passivo de demandas de empregados em face da empresa ainda no processo de conhecimento ¹⁹⁰, como se fosse a desconsideração algo tão corriqueiro e direto que já pudesse ser adiantada sem, sequer, a comprovação de dano ao empregado, abuso, ou mesmo a simples insuficiência de bens da empregadora, como defendem autores de Direito do Trabalho.

Ressalte-se que nos países nos quais se originou a teoria da desconsideração, sua utilização não é de tal forma ampla como no Brasil ¹⁹¹. Aqui, sua utilização excessiva se tornou quase que uma patologia. Enquanto a doutrina e jurisprudência anglo-saxônica buscam a todo momento elaborar e definir critérios

¹⁸⁷ Sobre esse esvaziamento da dignidade da pessoa humana pelo excesso de uso, por vezes indevido, pode ser encontrado em FRANKENBERG, Gunther. **Tiranía da Dignidade? Paradigmas e paranóias de um valor supremo**. In: *A gramática da Constituição e do Direito*. p. 305-321

¹⁸⁸ TIMM, Luciano Benetti. **'Subprime jurídico' em tempo de crise?** O Estado de S. Paulo, São Paulo, 09 de abril de 2009, folha A2, Espaço Aberto.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual**. In: *De Jure: revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27696>>. p. 58.

¹⁹⁰ BRASIL. 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. - RR - 104000-72.2006.5.04.0012, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa. Unânime. Data de Julgamento: 17/08/2011. Data de Publicação: 19/08/2011

¹⁹¹ SZTAJN, Rachel. **Sobre a desconsideração da personalidade jurídica**. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, p. 71.

objetivos para aplicação da teoria ¹⁹², entre nós esse uso tem só sido alargado sem precisão técnica, sob escusas de defesa do interesse de hipossuficientes e da dignidade da pessoa humana, quando o que ocorre de fato é exatamente o oposto, por meio de um desestímulo à atividade econômica.

Seja tomando-se o exemplo da desconsideração no direito do trabalho, do consumidor ou do Código Civil, a utilização excessiva e não criteriosa do instituto produz uma série de impactos e desconsidera, juntamente com a personalidade jurídica, toda a série de conceitos e efeitos econômicos descritos no transcorrer do trabalho. Sucintamente: ampliam-se os riscos para os agentes que buscam realizar investimento produtivo na economia; diminui-se o valor esperado pelo investimento, já que as perdas podem ser maiores sendo ilimitada a responsabilidade; dificulta-se a diversificação dos investimentos; os papéis de empresa se tornam menos líquidos e os sócios incorrem em maiores custos de agência para fiscalizar outros sócios e os administradores. Além disso, os impactos são negativos, também, sobre aqueles a que pretende se proteger, consumidores e trabalhadores, já que com maiores riscos, menores serão os investimentos produtivos, sendo diminuídos o número final de produtos ofertados, bem como de empregos.

¹⁹² WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. p. 205.

V. CONCLUSÕES

Delinearam-se, ao longo do presente estudo, os principais aspectos que permitem a configuração da responsabilidade limitada dos sócios em sociedades. Tão importante quanto os elementos jurídicos, da atribuição de personalidade jurídica à separação patrimonial, são os caracteres econômicos que levaram o Direito a positivar esse instituto. Diante disso, expõem-se, de maneira sucinta, as conclusões alcançadas:

1. A idéia e aplicação da limitação de responsabilidade tiveram seu desenvolvimento dentro de cada período histórico e, em sua gênese, eram independentes da atribuição de personalidade jurídica à sociedade. O instituto ganhou força a partir do Mercantilismo, quando as atividades econômicas passaram a precisar de maior aporte de recursos e assumir maiores riscos.
2. Muitas são as teorias que buscam explicar a atribuição de personalidade jurídica, como forma de justificar juridicamente a separação patrimonial da sociedade para com o patrimônio dos sócios. Contudo, todas elas pecam em determinado ponto e devem sempre ser analisadas dentro de seu contexto histórico. Mais importante que isso, é se saber qual o regime jurídico aplicável às sociedades.
3. No Brasil, somente a Sociedade Limitada e a Sociedade Anônima apresentam limitação de responsabilidade. Todos os outros tipos societários dão brechas para que dívidas sociais atinjam o patrimônio dos sócios, sejam todos eles solidariamente, ou determinados sócios em especial.
4. Por mais que as sociedades com responsabilidade limitada sejam muito mais vantajosas para a prática de atividades econômicas, as estatísticas apontam que o número de firmas individuais ainda é muito expressivo, ainda mais se comparado ao número reduzido de Sociedades Anônimas, por exemplo. As principais razões para isso são: (i) o desconhecimento, por parte da população e empreendedores, do Direito Comercial e dos riscos das atividades a serem desenvolvidas, (ii) a incipiência da economia nacional, ainda baseada em negócios de menor relevância macroeconômica e (iii) o elevado custo e tempo para constituição de uma sociedade com contrato social de qualidade.

5. Por uma ótica econômica, a limitação de responsabilidade societária externaliza parte dos riscos da atividade econômica. Isso é necessário para auxiliar na quantificação dos riscos por parte dos empresários e incentivar os investimentos.
6. A limitação de responsabilidade torna os papéis de empresas mais líquidos, diminui os custos de vigilância e facilita a diversificação por investidores, tornando mais fácil e barato um investimento produtivo. Em uma economia na qual os juros (renda fixa) são tão altos, como no Brasil, a limitação é uma salvaguarda e incentivo à produção, em contraponto à especulação. Além disso, existe um limite de utilização de capital de terceiros para a saúde financeira da empresa. Ao facilitar a entrada de capitais no capital social, tem-se uma forma barata e segura de financiamento.
7. A exteriorização de custos pode levar a situações extremas, nas quais a limitação de responsabilidade é utilizada para fraudes ou abusos. Para esses casos, a doutrina anglo-saxônica desenvolveu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, albergada em nosso ordenamento. Contudo, a utilização pátria se tornou patológica e desfigurou a origem do instituto. Em subsistemas jurídicos como o do Consumidor ou do Trabalho, a desconsideração não tem mais o caráter excepcional que deveria deter, sob escusa da defesa de uma parte hipossuficiente e com base em princípios como o da dignidade da pessoa humana.
8. Por mais que a intenção desses subsistemas fosse a proteção de uma parte e a garantia de justiça, o efeito que se tem é exatamente o oposto, ao diminuir o investimento produtivo e conseqüentemente o número de empregos e a produção final.
9. Diante disso, conclui-se pela importância cabal da limitação de responsabilidade societária como forma de auxílio à atividade econômica e pela necessidade de revisão da aplicação da teoria da desconsideração, por ter ela, da forma como é utilizada, efeito diverso daquele pretendido e por ter desvirtuado o sentido que originalmente possuía.

REFERÊNCIAS

Livros:

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ASSAF NETO, Alexandre. **Finanças corporativas e valor**. São Paulo: Atlas, 2003.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ASTERIOU, Dimitrios. HALL, Stephen. **Applied Econometrics**. Edição Revisada. Nova York: Palgrave Macmillan, 2007.

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2008.

BRAGA, Roberto. **Fundamentos e técnicas de Administração Financeira**. São Paulo: Atlas, 1995.

BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (org.), **Encyclopedia of Law and Economics, V. III: The Regulation of Contracts**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à Lei de Sociedades Anônimas**. V. I. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, V. II**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 3ª ed. Addison Wesley Longman, 2000.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Limitada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Anônima**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

EASTERBROOK, Frank; FISHEL, Daniel. **The economic structure of corporate law**. Harvard University Press, 1996.

FRANKENBERG, Gunther. **A gramática da Constituição e do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** São Paulo: RT, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro.** São Paulo: RT, 1987.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda.** Trad.: Mário Cruz. 1. ed. 14ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2009.

KNIGHT, Frank. **Risk, Uncertainty and Profit.** Boston: The Riverside Press, 1921.

KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org). **Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e práticos no Brasil.** 13ª reimpressão. Rio de Janeiro. Elsevier, 2002.

LEITE, Eduardo de O. **Monografia Jurídica. 7ª ed. São Paulo: RT, 2006.**

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit.** 2ª ed. Dalloz, 2008.

MARNET, Oliver. **Behaviour and Rationality in Corporate Governance.** E-book: Taylor & Francis e-Library, 2008.

MARTINS, Eliseu. **Administração Financeira.** São Paulo: Atlas, 1985.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio.** 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAES, Márcio André Medeiros. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: LTr, 2002.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OHRNIAL, Tony (org.). **Limited liability and the corporation.** Londres: Acton Society Trust, 1982.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Conceito de pessoa jurídica.** Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil. Curitiba, 1962 (mimeo).

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Dupla crise da pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1979.

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia.** 6ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de Direito Comercial: sociedades comerciais**. V. I. São Paulo: Saraiva, 1977.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, V. I. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REZENDE, Cyro. **História Econômica Geral**. 9ª ed. São Paulo: Contexto, 2007.

RIBEIRO, Marcia Carla P. GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla P. KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ROSS, Stephen. WESTERFIELD, Randolph. JAFFE, Jeffrey. **Administração Financeira – Corporate Finance**. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. V.II. Coleção *Economistas*. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

VARIAN, Hal. **Microeconomia**. Tradução da 4ª ed. Americana. Rio de Janeiro: Campos, 1999.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WILLIAMSON, Oliver. **The Mechanisms of Governance**. Nova York: Oxford University Press, 1996.

Artigos em periódicos:

ACHESON, Graeme; HICKSON, Charles; TURNER, John. **Does limited liability matter? Evidence from Nineteenth-Century British Banking**. In: *Review of Law & Economics*. : Vol. 6 (2010) : Iss. 2, Art. 6. p. 247-273.

CRASWELL, Richard. **The “incomplete contracts” literature and efficient precautions**. 56. CASE W. RES. L. REV. 151 (2005-2006).

COASE, Ronald. **The nature of the firm**. In: *Economica*, Vol. 4. Nº. 16. Novembro de 1937. p. 386-405.

COUWENBERG, Oscar. **Corporate Architecture and Limited Liability**. In: *Review of Law & Economics*. : Vol. 4 (2008): Iss. 2, Art. 4. p. 621-640.

MARTINS, Irena Carneiro. **A Limitação da Responsabilidade Moderna e Contemporaneamente: sua relevância para o Direito e para a Economia no Brasil.** In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 9, p. 195-216, 2008.

MODIGLIANI, Franco. MILLER, Merton. **The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment.** In: *The American Economic Review*, Vol. 48, No. 3 (Jun., 1958), pp. 261-297.

MUTH, John. **Rational Expectations and the Theory of Price Movements,** In: *Econometrica*, XXIX (Julho de 1961), p. 315-331

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine).** In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: ano 58, v.410, dezembro de 1969, p. 12-24.

RIBEIRO, Marcia Carla P. **O que podemos esperar das sociedades simples.** In: *Revista de direito empresarial*. N.1. Janeiro/Junho 2004. Curitiba: Juruá, 2004.

SZTAJN, Rachel. **Sobre a desconsideração da personalidade jurídica.** In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2.

TIMM, Luciano Benetti. **‘Subprime jurídico’ em tempo de crise?** O Estado de S. Paulo, São Paulo, 09 de abril de 2009, folha A2, Espaço Aberto.

WALDRAFF, Célio Horst. **A empresa como sujeito de direito e a incompatibilidade do art. 50 do Novo Código Civil com o Direito do Trabalho.** In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. CD, Biênio 2001/2003 - Edição Especial 27º Aniversário.

Documentários

The Corporation. Produzido por: Mark Achbar e Bart Simpson. Canadá: 2003. 145 min.

Sítios eletrônicos

BARROS, Eduardo Bastos de. **Limitação de responsabilidade no direito societário brasileiro: origem, função e estrutura normativa.** Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17940/texto%20final.pdf?sequence=1>>, acesso em 14/08/2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual.** In: *De Jure: revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 53-67, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27696>>. Acesso em: 14/08/2011.

XAVIER LEONARDO, Rodrigo. **Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira.** Concurso de monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. OAB, PR, 2005. Disponível em

<<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/14977/10029>>, acesso em 14/03/2011.

<<http://www.bcb.gov.br/?COPOMJUROS>>, acesso em 20/01/2011.

<http://www.desenvolvimento.gov.br/portalmDIC/arquivos/dwnl_1196771520.pdf>, acesso em 25/10/2010.

<<http://www.dnrc.gov.br>>, acesso em 25/10/2010.

Julgados

BRASIL. 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 168000-20.2009.5.21.0007. Relatora Ministra: Dora Maria da Costa. Unânime. Data de Julgamento: 17/08/2011. Data de Publicação: 19/08/2011. Acesso em 19/08/2011.

BRASIL. 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 4300-77.2010.5.02.0000. Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva. Unânime. Data de Julgamento: 10/08/2011. Data de Publicação: 19/08/2011. Acesso em 19/08/2011.

BRASIL. 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. - RR - 104000-72.2006.5.04.0012, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa. Unânime. Data de Julgamento: 17/08/2011. Data de Publicação: 19/08/2011. Acesso em 19/08/2011.

PARANÁ. 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça - AI 0714186-8 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Relator: Juiz Substituto de 2º Grau Fabian Schweitzer - Unânime - Data de julgamento: 16/03/2011. Acesso em 15/08/2011.